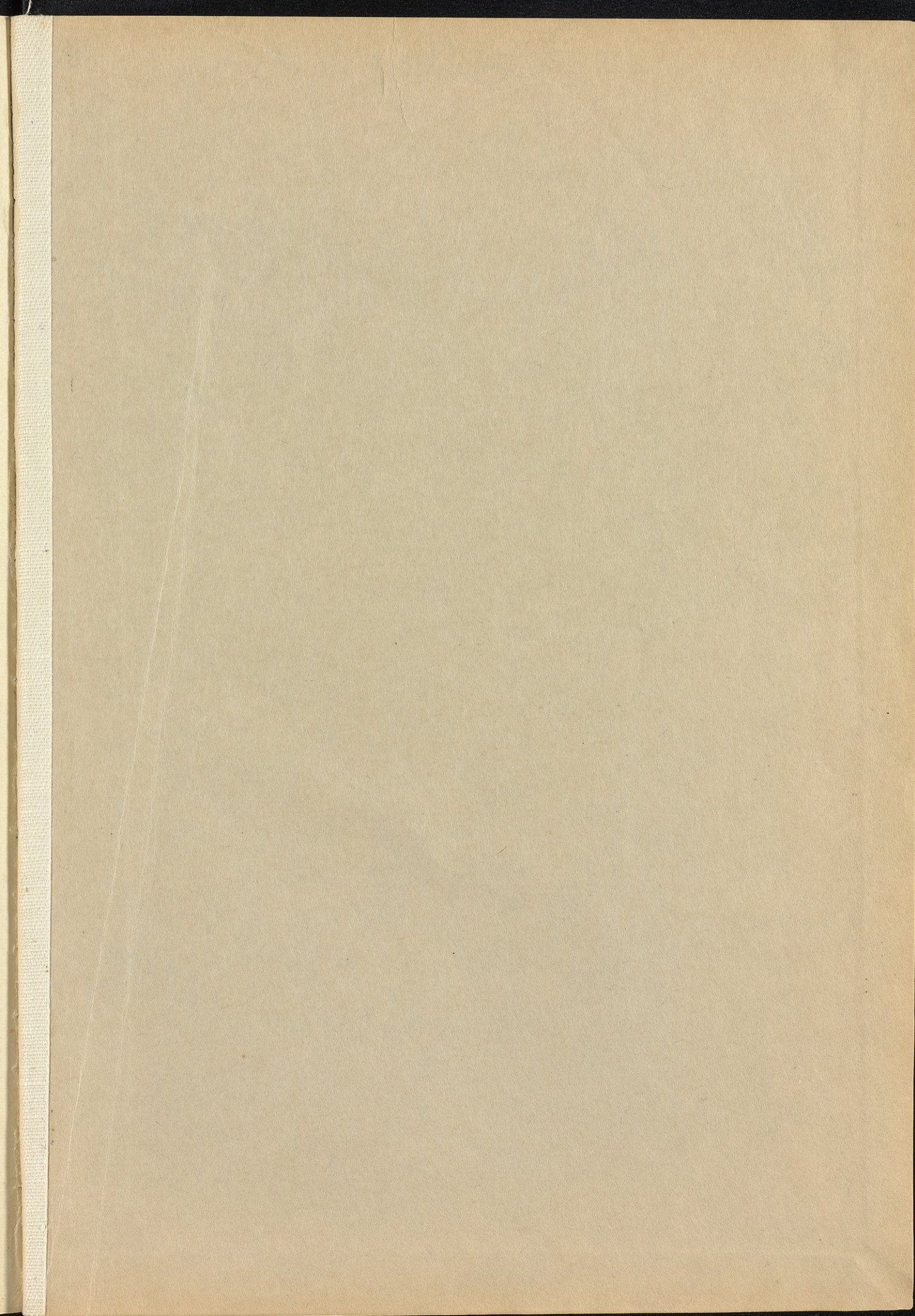


Columbia University
in the City of New York

LIBRARY



Bought from the
Alexander I. Cotheal Fund
for the
Increase of the Library
1896



المعنى

تأليف الشيخ الامام العلامة موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامة المتوفي سنة ٦٣٠ هـ
على مختصر الامام أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الحرقي المتوفي سنة ٥٣٤ هـ
ويليه

الشرح الكبير

على متن المقنع ، تأليف الشيخ الامام شمس الدين أبي القهرنج محمد بن محمد بن أبي عمير محمد بن أحمد
ابن قدامة المقدسي المتوفي سنة ٦٨٢ هـ كلاهما على مذهب امام الامة (أبي عبد الله أحمد بن محمد بن
حنبل الشيباني) مع بيان خلاف سائر الامة وأذلتهم رضي الله عنهم

الجزء الثامن

وأشرف على تصحيحه

السيد محمد بن شريك رضا

منشئ مجلته

(تكملة) وضعنا كتاب المعنى في أعلى الصحائف والشرح الكبير في أدناها مفصلاً بينهما بخط عرضي مزدوج

الطبعة الاولى في مطبعة المنار بمصر سنة ١٣٤٨ هـ

893.799
Ib6
v.8

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الصداق

الاصل في مشروعيته الكتاب والسنة والاجماع : أما الكتاب فقوله تعالى (وأحل لكم ماورا.
ذلك أن تبغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين) وقال تعالى (وآتوا النساء صدقاتهن نحلة) قال أبو
عبيد يعني عن طيب نفس بالفريضة التي فرض الله تعالى ، وقيل النحلة الهبة والصداق في معناها
لان كل واحد من الزوجين يستمتع بصاحبه وجعل الصداق للمرأة فكأنه عطية بغير عوض ، وقيل
نحلة من الله تعالى للنساء ، وقال تعالى (وآتوهن أجورهن فريضة)

وأما السنة فروى أنس أن رسول الله ﷺ رأى على عبد الرحمن بن عوف ردع زعفران فقال

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
UNIVERSITY
LIBRARY

﴿ كتاب الصداق ﴾

وهو مشروع والاصل في مشروعيته الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقوله تعالى (وأحل
لكم ما وراء ذلكم أن تبغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين) وقال تعالى (وآتوا النساء صدقاتهن
نحلة) قال أبو عبيد يعني عن طيب نفس بالفريضة التي فرض الله تعالى وقيل النحلة الهبة والصداق
في معناها لان كل واحد من الزوجين يستمتع بصاحبه وجعل الصداق للمرأة كانه عطية بغير عوض
وقيل نحلة من الله تعالى للنساء وقال تعالى (فآتوهن أجورهن فريضة) وأما السنة فروى أنس أن
رسول الله ﷺ رأى على عبد الرحمن بن عوف ردع زعفران فقال النبي ﷺ « مهيم ؟ » فقال
يا رسول الله تزوجت امرأة قال « ما أصدقها ؟ » قال وزن نواة من ذهب قال « بارك الله لك أولم
ولو بشاة » متفق عليه وأجمع المسلمون على مشروعية الصداق في النكاح . وللصداق تسعة أسماء :

النبی ﷺ «مہم؟» فقال یا رسول اللہ تزوجت امرأة، فقال «ما صدقتها؟» قال وزن نواة من ذهب فقال «بارک اللہ لک أولم ولو بشاة» وعنه أن رسول اللہ ﷺ أعتق صفيّة وجعل عتقها صداقها متفق عليهما، وأجمع المسلمون على مشروعية الصداق في النكاح

(فصل) وللاصداق تسعة أسماء: الصداق، والصدقة، والمهر، والنحلة، والفريضة، والاجر، والعلائق، والعقر، والحباء. روي عن النبي ﷺ أنه قال «أدوا العلائق» قيل يا رسول اللہ وما العلائق؟ قال «ما يتراضي به الاهلون» وقال عمر لها عقر نسائها، وقال مهمل:

انكحها فقدما الاراقم في جنب وكن الحباء من آدم
لو بأبائين جاء يخطبها خضب ما وجه خاطب بدم

يقال أصدقت المرأة ومهرتها ولا يقال أمهرتها

(فصل) ويستحب أن لا يعرى النكاح عن تسمية الصداق لان النبي ﷺ كان يزوج بناته وغيرهن ويتزوج فلم يكن يخلي ذلك من صداق وقال للذي زوجه الموهوبة «هل من شيء تصدقها؟» فالتبس ولم يجد قال «التبس ولو خاتما من حديد» فلم يجد شيئا فزوجه اياها بما معه من القرآن، ولأنه أقطع للنزاع وللخلاف فيه، وليس ذكره شرطا بدليل قوله سبحانه وتعالى (لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة) وروي أن رسول اللہ صلی اللہ علیہ وسلم زوج رجلا امرأة ولم يسم لها مهرا.

الصداق والصدقة والمهر والنحلة والاجر والفريضة والعلائق والعقر والحباء، روي عن النبي ﷺ أنه قال «أدوا العلائق» قيل يا رسول اللہ وما العلائق؟ قال «ما تراضى به الاهلون» وقال عمر: لها عقر نسائها ويقال أصدقت المرأة ومهرتها ولا يقال أمهرتها

﴿مسئلة﴾ (ويستحب تحفيقه لما روت عائشة عن النبي ﷺ أنه قال «أعظم النساء بركة أبسرهن مؤونة» رواه أبو حفص باسناده عن أبي العجفاء قال قال عمر الا لا تغلوا صداق النساء فانه لو كان مكرمة في الدنيا وتقوى عند الله كان أولاكم بها رسول الله ﷺ ما أصدق رسول الله ﷺ ولا أصدقت امرأة من نسائه أكثر من اثنتي عشرة أوقية وان الرجل ليغلو بصداق امرأته حتى يكون لها جداوة في قلبه وحتى يقول كلفت لكم علق القرية، أخرجه النسائي وأبو داود مختصرا وعن أبي سلمة قال سألت عائشة عن صداق النبي ﷺ فقالت: اثنتا عشرة أوقية ونش فقلت وما النش؟ قالت نصف أوقية أخرجاه أيضا والأوقية أربعون درهما

﴿مسئلة﴾ (ويستحب أن لا يعرى النكاح من تسميته)

لان النبي ﷺ كان يزوج بناته وغيرهن ويتزوج فلم يكن يخلي ذلك من صداق وقال للذي زوجه الموهوبة «هل من شيء تصدقها؟» قال لا أجد شيئا قال «التبس ولو خاتما من حديد» فلم

﴿مسئلة﴾ قال (واذا كانت المرأة بالغة رشيدة أو صغيرة عتد عليها أبوها فأبي صداق اتفقوا عليه فهو جائز إذا كان شيئاً له نصف يحصل)

في هذه المسئلة ثلاثة فصول :

(أحدها) أن الصداق غير مقدر لأقله ولا أكثره بل كل ما كان مالا جاز أن يكون صداقا وبهذا قال الحسن وعطاء وعمرو بن دينار وابن أبي ليلى والثوري والاوزاعي والليث والشافعي وإسحاق وأبو ثور وداود، وزوج سعيد بن المسيب ابنته بدرهمين وقال لو أصدقها سوطاً لحلت وعن سعيد ابن جبير والنخعي وابن شبرمة ومالك وأبي حنيفة هو مقدر الأقل، ثم اختلفوا فقال مالك وأبو حنيفة أقله ما يقطع به السارق وقال ابن شبرمة خمسة دراهم وعن النخعي أربعون درهماً وعنه عشرون وعنه رطل من الذهب وعن سعيد بن جبير خمسون درهماً واحتج أبو حنيفة بما روي عن النبي ﷺ أنه قال « لا مهر أقل من عشرة دراهم » ولأنه يستباح به عضو فكان مقدراً كالذي يقطع به السارق ولنا قول النبي ﷺ للذي زوجه « هل عندك من شيء تصدقها ؟ » قال لا أجد قال « التمس ولو خاتماً من حديد » متفق عليه وعن عامر بن ربيعة أن امرأة من بني فزارة تزوجت على نعلين فقال رسول الله ﷺ « أَرْضَيْتِ مِنْ نَفْسِكَ وَمَالِكَ بِنَعْلَيْنِ ؟ » قالت نعم فأجازها أبو داود والترمذي

يجد شيئاً فزوجه إياها بما معه من القرآن متفق عليه ولأنه أقطع للنزاع والخلاف فيه وليس ذكره شرطاً بدليل قوله تعالى (ولا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تقرضوا لهن فريضة) وروي أن رسول الله ﷺ زوج رجلاً امرأة ولم يسم لها مهرًا

﴿مسئلة﴾ (وبستحب أن لا يزيد على صداق أزواج رسول الله ﷺ وبناته وهو خمسمائة درهم)

لما ذكرنا من حديث عائشة رضي الله عنها اقتداء برسول الله ﷺ

﴿مسئلة﴾ (ولا يتقدر أقله ولا أكثره بل كل ما جاز أن يكون ثمنًا جاز أن يكون صداقا)

وبهذا قال الحسن وعمرو بن دينار وابن أبي ليلى والاوزاعي والليث والشافعي وإسحاق وأبو داود، وزوج سعيد بن المسيب ابنته بدرهمين وقال لو أصدقها سوطاً لحلت وعن سعيد بن جبير والنخعي وابن شبرمة ومالك وأبو حنيفة أنه مقدر الأقل، ثم اختلف فيه فقال مالك وأبو حنيفة أقله ما يقطع به السارق وقال ابن شبرمة خمسة دراهم وعن النخعي أربعون درهماً وعنه عشرون وعنه رطل من الذهب وعن سعيد بن جبير خمسون درهماً واحتج أبو حنيفة بما روي عن النبي ﷺ أنه قال « لا مهر أقل من عشرة دراهم » ولأنه يستباح به عضو فكان مقدراً كالذي يقطع به السارق

ولنا قول النبي ﷺ للذي زوجه « هل عندك من شيء تصدقها ؟ » قال لا أجد قال « التمس ولو خاتماً من حديد » متفق عليه وعن عامر بن ربيعة أن امرأة من بني فزارة تزوجت على نعلين فقال

وقال حديث حسن صحيح وعن جابر أن رسول الله ﷺ قال « لو أن رجلاً أعطى امرأة صداقاً ملء يده طعاماً كانت له حلالاً » ، رواه الامام أحمد في المسند وفي لفظ عن جابر ، قال كنا ننتكح على عهد رسول الله ﷺ على القبض من الطعام رواه الاثرم ولان قول الله عز وجل (وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم) يدخل فيه القليل والكثير ، ولانه بدل منفعتها فجاز ما تراضيا عليه من المال كالعشرة وكالاجرة . وحديثهم غير صحيح رواه ميسرة بن عبيد وهو ضعيف عن الحجاج بن أرطاة وهو مدلس ورووه عن جابر وقد روينا عنه خلافه أو نحمله على مهر امرأة بعينها أو على الاستحباب وقياسهم لا يصح فان النكاح استباحة الانتفاع بالجملة والقطع إتلاف عضو دون استباحته وهو عقوبة وحد وهذا عوض فقياسه على الاعراض أولى . وأما أكثر الصداق فلا توقيت فيه باجماع أهل العلم قاله ابن عبد البر وقد قال الله عز وجل (وان أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً) وروى أبو حفص بإسناده ان عمر أصدق أم كلثوم ابنة علي أربعين ألفاً ، وعن عمر رضي الله عنه أنه قال خرجت وأنا أريد أن أنهي عن كثرة الصداق فذكرت هذه الآية (وآتيتم إحداهن قنطاراً) وقال أبو صالح القنطار مائة رطل وقال أبو سعيد الخدري ملء مسك نور ذهباً وعن مجاهد سبعون ألف مثقال

رسول الله ﷺ « أرضيت عن نفسك ومالك ببعلين ؟ » قالت نعم فأجازه . أخرجه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح وعن جابر أن رسول الله ﷺ قال « لو أن رجلاً أعطى امرأة صداقاً ملء يده طعاماً كانت حلالاً له » رواه الامام أحمد في المسند وفي لفظ عن جابر قال كنا نتكح على عهد رسول الله ﷺ على القبض من الطعام رواه الاثرم ولان قول الله تعالى (وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم) يدخل فيه القليل والكثير ولانه بدل منفعتها فجاز ما تراضيا عليه كالعشرة وكالاجرة وحديثهم غير صحيح رواه ميسرة بن عبيد وهو ضعيف عن الحجاج بن أرطاة وهو مدلس ورووه عن جابر وقد روينا عنه خلافه أو نحمله على مهر امرأة بعينها أو على الاستحباب وقياسهم لا يصح فان النكاح استباحة الانتفاع بالجملة والقطع إتلاف عضو دون استباحته وهو عقوبة وحد وهذا عوض وقياسه على الاعراض أولى . فأما أكثره فلا توقيت فيه باجماع أهل العلم قاله ابن عبد البر وقد قال الله تعالى (وان أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً) وروى أبو حفص بإسناده أن عمر أصدق أم كلثوم بنت علي أربعين ألفاً وعن عمر رضي الله عنه أنه قال : خرجت وأنا أريد أن أنهي عن كثرة الصداق فذكرت هذه الآية (وآتيتم إحداهن قنطاراً) قال أبو صالح القنطار مائة رطل وقال أبو سعيد ملء مسك نور ذهباً وعن مجاهد سبعون ألف مثقال (مسئلة) (كل ما جاز أن يكون ثمنًا جاز أن يكون صداقاً من قليل وكثير وعين ودين وممجل وموجل ومنفعة معلومة كرهاية غنمها مدة معلومة وخياطة ثوب ورد عبدها الآبق من موضع معين)

(فصل) ويستحب أن لا يغلي الصداق لما روي عن عائشة عن النبي ﷺ أنه قال «أعظم النساء بركة أيسرهن مؤنة» رواه أبو حفص بإسناده وعن أبي العجفاء قال قال عمر رضي الله عنه ألا لا تغلوا صداق النساء فإنه لو كان مكرمة في الدنيا أو تقوى عند الله كان أولاً كم بهار رسول الله ﷺ ما أصدق رسول الله ﷺ امرأة من نسائه ولا أصدقت امرأة من بناته أكثر من اثنتي عشرة أوقية وإن الرجل يغلي بصدقة امرأته حتى يكون لها عداوة في قلبه وحتى يقول كلفت لسمك علق القرية أخرجه النسائي وأبرداود مختصراً وعن أبي سلمة قال سألت عائشة عن صداق النبي ﷺ فقالت اثنتا عشرة أوقية ونش فقلت وما نش؟ قالت نصف أوقية أخرجاه أيضاً، والأوقية أربعون درهماً فلا تستحب الزيادة على هذا لأنه إذا كثر ربما تعذر عليه فيتمرض للضرر في الدنيا والآخرة

(فصل) وكل ما جاز ثمناً في البيع أو أجرة في الاجارة من العين والدين والحال والمؤجل والقليل والكثير ومنافع الحر والعبد وغيرهما جاز أن يكون صداقاً، وقد روي الدارقطني بإسناده قال: قال رسول الله ﷺ «أنكحوا الأيامي وأدوا العلائق» قيل ما العلائق يا رسول الله قال - ما تراضى عليه الاهلون ولو قضيباً من أراك» ورواه الجوزجاني وبهذا قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة منافع الحر لا تكون صداقاً لأنها ليست مالا وإنما قال الله تعالى (أن تبتغوا بأموالكم) ولنا قول الله تعالى (إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثمانى حجج)

ومنافع الحر والعبد سواء فقد روى الدارقطني بإسناده قال قال رسول الله ﷺ «أنكحوا الأيامي وأدوا العلائق» قيل وما العلائق يا رسول الله قال «ما تراضى عليه الاهلون ولو قضيباً من أراك» ورواه الجوزجاني وبهذا قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة منافع الحر لا يجوز أن تكون صداقاً لأنها ليست مالا وإنما قال الله تعالى (أن تبتغوا بأموالكم)

ولنا قول الله تعالى (إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثمانى حجج) والحديث الذي ذكرناه ولأنها منفعة يجوز العوض عنها في الاجارة فجازت صداقاً كمنفعة العبد وقولهم ليست مالا ممنوع فإنها يجوز المعاوضة عنها وبها ثم إن لم تكن مالا فقد أجريت مجرى المال في هذا فكذلك في النكاح.

﴿مسئلة﴾ (وان كانت المنفعة مجهولة كرد عبدها اين كان وخدمتها فيما شاءت لم يصح لانه عوض

في عقد معاوضة فلم يصح مجهولاً كالثمن في المبيع والاجرة في الاجارة

﴿مسئلة﴾ (وكل ما يجوز أن يكون ثمناً في البيع كالحرم والمعدوم والجهول وما لا منفعة فيه وما لا يتم ملكه عليه كالمبيع من المسكيل والموزون قبل قبضه، وما لا يقدر على تسليمه كالطير في الهواء والسمك في الماء وما لا يتمول عادة كقشرة جوزة وحب حنطة لا يجوز أن يكون صداقاً)

لانه نقل الملك فيه بعوض فلم يحز فيه ما ذكرناه كالمبيع. ويجب أن يكون له نصف يتمول عادة ويبدل

والحديث الذي ذكرناه ولأنها منفعة يجوز العوض عنها في الاجارة فجازت صداقا كمنفعة العبد وقولهم ليست مالا ممنوع فانها تجوز معاوضة عنها وبها ثم ان لم تكن مالا فقد أجريت بحري المال في هذا فكذلك في النكاح وقد نقل مهنا عن احمد اذا تزوجها على أن يخدمها سنة أو أكثر كيف يكون هذا قيل له فامرأة لها ضياع وأرضون لا تندر على أن تعمرها قال لا يصلح هذا قال ابو بكر ان كانت الخدمة معلومة جاز ، وان كانت مجهولة لا تضبط فلها صداق مثاها كأنه تأول مسألة مهنا على أن الخدمة مجهولة فلذلك لم يصح ، ونقل ابو طالب عن أحمد التزويج على بناء الدار وخياطة الثوب وعمل شيء جائز لانه معلوم يجوز أخذ العوض عنه فجاز أن يكون صداقا كالايمان ، ولو تزوجها على أن يأتيها بعبدها الآبق من مكان معين صح لانه عمل معلوم يجوز أخذ الاجرة عنه ، وان أصدقها الايمان به أين كان لم يصح لانه مجهول

(فصل) ولو نكحها على أن يحج بها لم تصح التسمية وبهذا قال الشافعي وقال النخعي ومالك والثوري والاوزاعي وأصحاب الرأي وابو عبيد يصح

وانا أن الحملان مجهول لا يوقف له على حد فلم يصح كما لو أصدقها شيئاً ، فعلى هذا لها مهر المثل وكذلك كل موضع قلنا لا تصح التسمية

(فصل) وان أصدقها خياطة ثوب بعينه فهلاك الثوب لم تفسد التسمية ولم يجب مهر المثل لان

العوض في مثله عرفا لان الطلاق يعرض فيه قبل الدخول فلا يبقى للمرأة إلا نصفه فيجب ان يبقى لها مال تنفع به وتعتبر نصف القيمة لا نصف عين الصداق فانه لو أصدقها عبداً جاز وان لم تمكن قسمته (فصل) ولو نكح على أن يحج بها لم تصح التسمية وبه قال الشافعي وقال النخعي والثوري ومالك

والاوزاعي وأصحاب الرأي وأبو عبيد يصح

ولنا أن الحملان مجهول لا يوقف له على حد فلا يصح كما لو أصدقها شيئاً

(فصل) وان أصدقها خياطة ثوب بعينه فهلاك الثوب لم تفسد التسمية ولم يجب مهر المثل لان تعذر ما أصدقها بعينه لا يوجب مهر المثل كما لو أصدقها قفيز خنطة فهلاك قبل تسليمه ويجب عليه أجره مثل خياطته لان المعقود عليه العمل فيه تلف فوجب الرجوع الى عوض العمل كما لو أصدقها تعليم عبدها صناعة فمات قبل التعليم ، وان عجز عن خياطته مع بقاء الثوب لمرض أو نحوه فعليه أن يقيم مقامه من يخطه وإن طلقها قبل خياطته وقبل الدخول فعليه خياطة نصفه ان أمكن معرفة نصفه وان لم يمكن فعليه نصف أجره خياطته الا ان يبذل خياطة أكثر من نصفه بحيث يعلم أنه قد خاط النصف يقيناً وإن كان الطلاق بعد خياطته رجم عليها بنصف أجره وان أصدقها تعليم صناعة أو تعليم عبدها صناعة صح لانه منفعة معلومة يجوز بذل العوض عنها فجاز جعلها صداقا كخياطة ثوبها

(مسئلة) (وان تزوجها على منافعة مدة معلومة فعلى روايتين)

تعذر تسليم ما أصدقها بعينه لا بوجوب مهر المثل كالأصدقها فغير حنطة فذلك قبل تسليمه ويجب عليه أجر مثل خياطته لأن المعقود على العمل فيه تناف فوجب الرجوع إلى عوض العمل كما لو أصدقها تعليم عبدها صناعة فأت قبل التعليم ، وإن عجز عن خياطته مع بقاء الثوب لمريض أو نحوه فعليه أن يقيم مقامه من يخطه ، وإن طلقها قبل خياطته قبل الدخول فعليه خياطة نصفه إن أمكن معرفة نصفه وإن لم يمكن فعليه نصف أجر خياطته إلا أن يبذل خياطة أكثر من نصفه بحيث يعلم أنه قد خاط النصف بقينا ، وإن كان الطلاق بعد خياطته رجع عليها بنصف أجره

(فصل) وإن أصدقها تعليم صناعة أو تعليم عبدها صناعة صح لأنه منفعة معلومة يجوز بذل العوض عنها فجاز جعلها صداقا كخياطة ثوبها ، وإن أصدقها تعليمه أو تعليمها شعراً مباحاً معيناً أو ثوباً أو لغة أو نحواً أو غير ذلك من العلوم الشرعية التي يجوز أخذ الاجرة على تعليمها جاز وصحت التسمية لأنه يجوز أخذ الاجرة عليه فجاز صداقا كدافع الدار

(فصل) فأما تعليم القرآن فاختلفت الرواية عن أحمد في جعله صداقا فقال في موضع آخره ، وقال في موضع لا بأس أن يتزوج المرأة على أن يعلمها سورة من القرآن أو على تعلمين وهذا مذهب الشافعي قال أبو بكر في المسئلة قولان يعني روايتين قال واختاري أنه لا يجوز وهو مذهب مالك والليث وأبي حنيفة ومكحول وإسحاق ، واحتج بن أجازة بما روى سهل بن سعد الساعدي أن رسول الله ﷺ جاءته امرأة فقالت اني وهبت نفسي لك فقامت طويلاً فقل رجل يا رسول الله

(إحداها) لا يصح وقد نقل مهناً عن أحمد إذا تزوجها على أن يخدمها سنة أو أكثر كيف يكون هذا ؟ قيل له امرأة لها ضياع وأرضون لا تقدر على أن تعمرها قال لا يصلح هذا ، ووجه هذه الرواية أنها ليست مالا فلا يصح أن يكون مهراً كرقبته ومنفعة البضع وهذا قول أبي حنيفة ولأن المرأة تستحق على الزوج خدمته بدليل أنه إذا لم يخدمها لزمه أن يتولى خدمتها فإذا كانت خدمته مستحقة لها لم يجز أن يأخذ عليها عوضاً

(والثانية) يصح وهي أصح بدليل قصة موسى عليه السلام وقياساً على منفعة العبد وتناول أبو بكر رواية مهناً على ما إذا كانت الخدمة مجهولة ، فإن كانت معلومة جاز وكذلك نقل أبو طالب عن أحمد الزويج على بناء الدار وخياطة الثوب جائز لأنه معلوم يجوز أخذ انعوض عنه أشبه الأعيان وإن تزوجها على أن يأتيها بعندها إلا بقى من مكان معلوم صح لذلك وإن أصدقها الأتيان به أين كان لم يصح لأنه مجهول (مسئلة) وكل موضع لا تصح التسمية يجب مهر المثل فإن أصدقها مالا يجوز أن يكون صداقاً كالنخل والخنزير وتعليم التوراة والإنجيل ، المعدوم والآبق والطير في الهواء ، والمجهول كعبد وثوب ودار لا يفسد به النكاح في الصحيح من المذهب) وعنه يفسد اختاره أبو بكر لأنه عقد معاوضة أشبه البيع ولنا أن فساد المسمى ليس أكثر من عدمه وعدمه لا يفسد العقد كذلك هذا ، إذا ثبت هذا فإنه

زوجتيها ان لم يكن لك بها حاجة فقال « هل عندك من شيء تصدقها ؟ » فقال ما عندي الا إزار ي فقال رسول الله ﷺ إزارك ان أعطيتها جاست ولا إزار لك فالتمس شيئاً - قال لأجد قال - التمس ولو خائفاً من حديد فالتمس فلم يجد شيئاً فقال رسول الله ﷺ « زوجتكها بما معك من القرآن » متفق عليه ولانها منعمة معينة مباحة فجاز جعلها صداقاً كتعليم قصيدة من الشعر المباح

وجه الرواية الاخرى ان الفروج لا نستباح إلا بالاموال اقوله تعالى (أن تبتغوا بأموالكم) وقوله تعالى (ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات) والطول المال . وقد روي أن رسول الله ﷺ زوج رجلاً على سورة من القرآن ثم قال « لا نكون لأحد بعدك مهراً » رواه النجاشي باسناده . ولان تعليم القرآن لا يجوز أن يتم إلا قرينة لفاعله فلم يصح أن يكون صداقاً كالصوم والصلاة وتعليم الايمان . ولان التعليم من العلم والمعلم مخائف ولا يكاد ينضبط فأشبه الشيء المحبول فأما حديث الموهبة فقد قيل معناه أنكحتكها بما معك من القرآن أي زوجتكها لانك من أهل القرآن كما زوج أبا طلحة على إسلامه فروى ابن عبد البر باسناده عن أنس ان أبا طلحة أتى أم سليم فخطبها قبل أن يسلم فقالت أنزوج بك وأنت تعبد خشبة نحتتها عبد بني فلان؟ إن أسلمت تزوجت بك قال فأسلم أبو طلحة فتزوجها على إسلامه . وليس في الحديث الصحيح ذكر التعليم ، ويحتمل أن يكون خاصاً لذلك الرجل بدليل ما رواه النجاشي ولا تفربم على هذه الرواية ، فأما على الاخرى فلا بد من تعيين ما يعلمها

يجب لها مهر المثل لانها لم ترض ببدل ولم يسلم البديل وتعذر به العوض فوجب رد بدله كما لو باعه سلعة بخمر فتلقت عند المشتري .

(مسألة) (وان أصدقها تعليم أبواب من الفقه أو الحديث أو قصيدة من الشعر المباح صح)

وكل ما يجوز أخذ الاجرة على تعليمه جاز وصحت التسمية لانه يجوز أخذ الاجرة عليه فجاز صداقاً كمنافع الدار .

(مسألة) (وان كان لا يحفظها لم يصح ويحتمل أن يصح ويتعلمها ويعلمها)

وجملته أنه ينظر في قوله فان قال احصل لك تعليم هذه الصورة صح لان هذه منفعة في ذمته لا يختص بها فجاز أن يستأجر عليها من لا يحسنها كالخياطة اذا استأجر من يحصلها وان قال على أن أعلمك فذكر القاضي في الجامع أنه لا يصح لانه معين بفعله وهو لا يقدر عليه فأشبهه ما لو استأجر من لا يحسن الخياطة ليخيط له ، وذكر في المجرى أنه يحتمل الصحة لان هذا يكون في ذمته فأشبهه ما لو أصدقها مالا في ذمته لا يقدر عليه في الحال ، فعلى هذا يتعلمها ثم يعلمها أو يقيم لها من يعلمها .

(فصل) فان جاءته بغيرها فقالت علمه السورة التي تريد تعليمي اياها لم يلزمه لان المستحق عليه العمل في عين لم يلزمه ايقاعه في غيرها كما لو استأجرته لخياطة ثوب فأتته بغيره فقالت خط هذا ولان (الجزء الثامن) (٢) (المغني والشرح الكبير)

إياه إما سورة معينة أو سوراً أو آيات بعضها لأن السور تختلف وكذلك الآيات ، وهل تحتاج الى تعيين قراءة صريحة فيه وجهان (أحدهما) يحتاج الى ذلك لأن الأغراض تختلف والقراءات تختلف فمنها صعب وكفارة حمزة وسهل فأشبهه بتعيين الآيات

(والثاني) لا ينتقل الى التعيين لأن هذا اختلاف يسير وكل حرف ينوب مناب صاحبه ويقوم مقامه ولذلك لم يعين النبي ﷺ لامرأة قراءة وقد كانوا يختلفون في القراءة أشد من اختلاف القراء اليوم فأشبهه ماله أصدقها قديراً من صبرة ولشافعي في هذا وجهان كذا

(فصل) فإن أصدقها تعليم سورة لا يحسنها نظرت ، فإن قال أحصل لك تعليم هذه السورة صح لأن هذه منفعة في ذمته لا تخص به فجاز أن يستأجر عليها من لا يحسنها كالحياطة إذا استأجر من بحصلها له وإن قال على أن أعلمك فذكر القاضي في الجامع أنه لا يصح لأنه ذم من بذله وهو لا يقدر عليه فأشبهه ماله استأجر من لا يحسن الحياطة ليخيط له ، وذكر في المجرى أنه يحتمل الصحة لأن هذه تسكن في ذمته فأشبهه ماله أصدقها مالا في ذمته لا يقدر عليه في الحال

(فصل) فإن جاءته بغيرها فقالت علمه السورة التي تريد تعليمي إياها لم يلزمه لأن المستحق عليه العمل في عين فلم يلزمه إيقاعه في غيره كما لو استأجرته لحياطة ثوبه فأنته بغيره فقالت خط هذا ولأن المتعلمين يختلفون في التعليم اختلافاً كثيراً ولأن له غرضاً في تعليمها فلا يجبر على تعليم غيرها ، وإن أنماها

المتعلمين يختلفون في التعليم اختلافاً كثيراً وقد يكون له غرض في تعليمها فلا يجبر على تعليم غيرها فإن أنماها بغيره يعلمها لم يلزمها قبول ذلك لأن المعلمين يختلفون في التعليم ، وقد يكون لها غرض في التعليم منه لكونه زوجاً ، تحل له ويحل لها ، ولأنه لما لم يلزمه تعليم غيرها لم يلزمها التعليم من غيره قياساً لاحدهما على الآخر .

❦ مسألة ❦ (فإن تعلمتها من غيره فعليه أجر تعليمها)

وكذلك إن تعذر عليه تعليمها كما لو أصدقها خياطة ثوب فتعذر ، فإن ادعى أنه علمها فأنكرته فالقول قولها لأن الأصل عدمه . وفيه وجه آخر أنها إن اختلفا بعد أن تعلمتها فالقول قوله لأن الظاهر معه ، وإن علمها السورة ثم أنسيتها فلا شيء عليه لأنه قد وفى لها بما شرط وأما تلف الصداق بعد القبض وإن لقنها الجميع وكما لقنها شيئاً نسيتها لم يعتد بذلك تعليمها لأن ذلك لا يعد تعليمها في العرف ولو جاز ذلك لافضى الى أنه متى أقرأها شيئاً من الشعر أو مسألة من الفقه أو آية فقرأتها بلسانها من غير حفظ كان تلقيناً ، ويحتمل أن يكون ذلك تلقيناً لأنه قد لقنها وحفظها فأما مادون الآية فليس تلقيناً وجهاً واحداً .

❦ مسألة ❦ (فإن طلقها قبل الدخول وقبل تعليمها ففيه وجهان)

(أحدهما) عليه نصف أجره تعليمها لأنها قد صارت أجنبية فلا يؤمن في تعليمها الفتنة .

بغيره يعلمها لم يلزمها قبول ذلك لان المملعين يختلفون في التعليم ، ولان لها غرضا في التعليم منه لكونه زوجها تحل له ويحل لها ولانه لما لم يلزمه تعليم غيرها لم يلزمها التعليم من غيره قيا لا أحدهما على الآخر (فصل) فان تعلمتها من غيره أو تعذر عليه تعليمها فعليه أجر تعليمها فان اختلفا فقال علمتها فأنكرت فالقول قولها لان الاصل عدم تعليمها ، وفيه وجه آخر انها ان اختلفا بعد أن تعلمتها فالقول قوله لان الظاهر معه ، وان علمها السورة ثم أنسيتها فلا شيء عليه لانه قد وفى لها بما شرط وانما تلف الصداق بعد القبض ، وان لقها الجميع وكما لقها آية أنسيتها لم يعتد بذلك تعليمها لان ذلك لا يعد تعليمها ولو جاز ذلك لأفضى الى انه متى قرأها فقرأها بلسانها من غير حفظ كان تلقينا ، وبمحتمل أن يكون ذلك تلقينا لانه قد لقها الآية وحفظها ، فأما مادون الآية فليس بتلقين وجها واحدا

(فصل) فان طلقها قبل الدخول بعد تعليمها السورة رجع عليها بنصف أجر تعليمها لان الطلاق قبل الدخول يوجب الرجوع بنصف الصداق وان لم يكن عليها فيه وجهان (أحدهما) عليه نصف أجر تعليمها لانها قد صارت أجنبية فلا يؤمن في تعليمها الفتة (والثاني) يباح له تعليمها من وراء حجاب من غير خلوة بها كما يجوز له سماع كلامها في المعاملات ، وان كان الطلاق بعد الدخول ففي تعليمها السورة الوجهان ، وان أصدقها رد بعدها من مكان معين فطأها قبل الدخول وقبل الرد فعليه نصف أجر الرد لانه لا يمكنه نصف الرد وان طلقها بعد الرد رجع عليها بنصف أجره

(والثاني) يباح له تعليمها من وراء حجاب من غير خلوة بها كما يجوز له سماع كلامها في المعاملات وان كان الطلاق بعد الدخول ففي تعليمها الجميع وجهان ، وان طلقها قبل الدخول بعد تعليمها رجع عليها بنصف أجر التعليم لان الطلاق قبل الدخول وقبل الرد فعليه نصف أجر الرد لانه لا يمكنه نصف الرد فان طلقها بعد الرد رجع عليها بنصف الاجرة .

(مسألة) (وان أصدقها تعليم شيء من القرآن معين لم يصح وعنه يصح)

اختلفت الرواية عن أحمد في جمل تعليم شيء من القرآن صداقا فقال في موضع أكرهه ، وقال في موضع آخر لا بأس أن يتزوج الرجل المرأة على أن يعلمها سورة من القرآن أو على نملين وهذا مذهب الشافعي ، قال أبو بكر في المسئلة قولان يعني روايتان قال واختياري انه لا يجوز وهو مذهب مالك والليث وأبي حنيفة ومكحول واستحق واحتج من أجازه بما روى سهل بن سعد الساعدي ان رسول الله ﷺ جاءته امرأة فقالت اني وهبت نفسي لك فقامت طويلا فقال رجل يا رسول الله تزوجنيها ان لم يكن لك بها حاجة فقال «هل عندك من شيء تصدتها ؟» فقال ما عندي الا ازارى فقال رسول الله ﷺ «اذا رأتك ان اعطيتها إياه جاست ولا ازارك فالتمس شيئا» قال لأجد قال «التمس ولو خاتما من حديد» فالتمس فلم يجد شيئا فقال رسول الله ﷺ «زوجتكها بما معك من القرآن» متفق عليه ولانها منفعة معينة مباحة فجاز جعلها صداقا كتعليم قصيدة من الشعر المباح

(فصل) ولو أصدق الكتابية تعليم سورة من القرآن لم يجز ولها مهر المثل وقال الشافعي يصح لقوله تعالى (حتى يسمع كلام الله)

ولنا أن الجنب يمنع قراءة القرآن مع إيمانه واعتقاده أنه حق فالكافر أولى وقد قال النبي ﷺ « لا تنافروا بالقرآن إلى أرض العدو مخافة أن تناله أيديهم » فالتحفظ أولى أن يمنع منه ، فأما الآية التي احتجوا بها فلا حجة لهم فيها فإن السماع غير الحفظ ، وإن أصدقها أو أصدق المسلمة تعليم شيء من التوراة والإنجيل لم يصح في المذهبين لأنه مبدل مغير ، ولو أصدق الكتابية الكتابية شيئاً من ذلك كان كما لو أصدقها محرماً

(الفصل الثاني) أن الصداق ما اتفقوا عليه ورضوا به لقول الله تعالى (ولا جناح عليكم فيما تراضيتُم به من بعد الفريضة) وقال النبي ﷺ « الملائق ما تراضى عليه الأهلون » ولأنه عقد معارضة فيعتبر رضا المتعاقدين كسائر عقود المعاوضات فإن كان الولي الأب فيها اتفق هو والزوج عليه جاز أن يكون صداقاً قليلاً كان أو كثيراً بكرراً كانت أو ثيباً صغيرة كانت أو كبيرة على ما أسلفناه فيما مضى ولذلك زوج شعيب عليه السلام موسى عليه السلام ابنته وجعل الصداق إجارة ثمانى حجج من غير مراجعة الزوجة ، وإن كان الولي غير الأب اعتبر رضا المرأة والزوج لأن الصداق لها وهو عوض منتميتها أشبه أجر دارها وصداق أمها فإن لم يستأذنها الولي في الصداق فحكه حكم الوكيل المطلق في البيع أن جعل الصداق مهر المثل فزاد صح ولزم وإن نقص عنه فلها مهر المثل

ولنا أن الفروج لا تستباح إلا بالاموال لقوله تعالى (أن تبتغوا بأموالكم) وقوله سبحانه (ومن لم يستطع منكم طولاً أن ينكح المحصنات المؤمنات) والطول المال وقد روي أن رسول الله ﷺ زوج رجلاً على سورة من القرآن ثم قال « لا يكون لأحد بعدك مهراً » رواه البخاري بإسناده ولأن تعليم القرآن لا يجوز أن يقع الأقربة لفاعله فلم يصح أن يكون صداقاً كالصوم والعلملة وتعليم الإيمان ، وأما حديث الموهوبة فقد قيل معناه انكحتموها بما معكم من القرآن أي زوجتموها لأنك من أهل القرآن كما زوج أباطحة على إسلامه ، فروى ابن عبد البر بإسناده أن أبا طاححة أتى أم سليم يخطبها قبل أن يسلم فقالت أنزوج بك وانت تعبد خشية نحتها عبد بنى فلان ؟ أن أسلمت تزوجت بك قال فأسلم أبو طاححة فتزوجها على إسلامه ، وليس في الحديث الصحيح ذكر التعليم ويحتمل أن يكون خاصاً لذلك الرجل كما روى البخاري (١) ولا تفريع على هذه الرواية ، فأما على قولنا بالصحة فلا بد من تعيين ما يعلمها إياه أما سورة أو سوراً أو آيات بمعنى أن السور تختلف وكذلك الآيات

(١) كذا وتقدم في المغني أنه التجاد

(مسئلة) (ولا يحتاج إلى ذكر قراءة من وقال أبو الخطاب يحتاج إلى ذلك)

لأن الأغراض تختلف فيها صعب كقراء حمزة وسهل فاشبه تعيين الآيات ووجه الأول أن هذا الاختلاف يسير وكل حرف ينوب مناب صاحبه ويقوم مقامه ولذلك لم يعين النبي ﷺ للمرأة قراءة وقد كانوا

(الفصل الثالث) أن الصداق لا يكون إلا مالا أقول الله تعالى (أن تبغوا بأموالكم) ويشترط أن يكون له نصف يتمول عادة بحيث إذا طلقها قبل الدخول بقي لها من النصف مال حلال وهذا معنى قول الحنفي له نصف يحصل، ومالا يجوز أن يكون مئنا في البيع كالحرم والمعدوم والمجهول ومالا منفعة فيه ، ومالا يتم ماله عليه كالبيع من المكمل والموزون قبل قبضه، ومالا يقدر على تسليمه كالطير في الهواء والسمك في الماء ، ومالا يتمول عادة كحبة حنطة وقشرة جوزة لا يجوز أن يكون صداقاً لأنه نفل للملك فيه بعوض فلم يجز فيه ما ذكرناه كالبيع، يعتبر أن يكون نصفه مما يتمول عادة ويبدل العوض في مثله عرفاً لان الطلاق بعرض فيه قبل الدخول فلا يبقى المرأة إلا نصفه فيجب أن يكون لها مال تنفع به ويعتبر نصف القيمة لان نصف عين الصداق فانه لو أصدقها عبداً جاز وإن لم تمكن قسمته

﴿مسئلة﴾ قال (وإذا أصدقها عبداً بعينه فوجدت به عيباً فردته فلها عليه قيمته)

وجملة ذلك أن الصداق إذا كان معيناً فوجدت به عيباً فلها رده كالبيع المعيب ولا نعلم في هذا خلافاً إذا كان العيب كثيراً فإن كان يسيراً فحكي عن أبي حنيفة أنه لا يرد به

ولنا أنه عيب يرد به المبيع فرد به الصداق كالسكندر وإذا رد به فلها قيمته لان العقد لا يفسخ برده فيبقى سبب استحقاقه فيجب عليه قيمته كما لو غصبها إياه فألفه ، وإن كان الصداق مثلياً كالمكمل

يختلفون في القراءة أشد من اختلاف القراء اليوم فاشبهه ماله أصدقها فقيراً من صبرة وللشافعي في هذا وجهان كهمذين

(فصل) ولو أصدق الكتابية تعليم سورة من القرآن لم يجز لها مهر المثل وقال الشافعي يصح لقوله تعالى (حتى يسمع كلام الله)

ولنا ان الجنب يمنع قراءة القرآن مع إيمانه واعتقاده انه حق فالكافر أولى وقد قال النبي ﷺ « لا تسافروا بالقرآن الى أرض العدو مخافة ان تناله أيديهم » فالتحفظ أولى ان يمنع منه فأما الآية التي احتجوا بها فلا حجة لهم فيها فان السماع غير الحفظ فان أصدقها أو أصدق مسلمة تعليم شيء من التوراة لم يصح في المذهبين لانه مبدل مغير ولو أصدق الكتابية شيئاً من ذلك كان كما لو أصدقها محرماً (مسئلة) (وإن تزوج نساءً بمهر واحد وخالفهن بعوض واحد صح ويقسم بينهما على قدر مهرهن في أحد الوجهين وفي الآخر يقسم بينهما بالسوية)

وجملته انه إذا تزوج أربع نسوة في عقد واحد بمهر واحد مثل ان يكون لهم ولى واحد كبنات الاعمام أو مولياة لولي واحد ومن ليس لهن ولى فزوجهن الحاكم فالتكاح صحيح والمهر صحيح وهذا قال أبو حنيفة وهو أشهر قولي الشافعي والقول الثاني ان المهر فاسد ويجب مهر المثل لان ما يجب لكل واحدة منهن من المهر غير معلوم

والموزون فردته فلها عليه شبه لانه أقرب اليه ، وان اختارت امساك المعيب وأخذ أرشه فلها ذلك في قياس المذهب ، وان حدث به عيب عندها ثم وجدت به عيبا خيرت بين أخذ أرشه وبين رده ورد أرش عيبه لانه عوض في عتد معاوضة فيثبت فيه ذلك كالبيع ، وسائر فروع الرد بالعيب فيثبت فيها ههنا مثل ما ثبت في البيع لما ذكرنا

(فصل) وان شرطت في الصداق صفة مقصودة كالكتابة والصناعة فبان بخلافها فلها الرد كما ترد به في البيع وهكذا ان دلسه تديسا يرد به المبيع مثل تحمير وجه الجارية ونسويد شعرها وتجهيده وتضمير الماء على الحجر وأشياء ذلك فلها الرد به ، وان وجدت الشاة مصرة فلها ردها ورد صاع من تمر قياسا على البيع ، وقد نقل مهنا عن احمد فيمن تزوج امرأة على الف ذراع فاذا هي تسعمائة هي بالخيار إن شأت أخذت الدار ، وان شأت أخذت قيمة الف ذراع والنكاح جائز وهذا فيما اذا أصدرتها داراً بمينها على أنها الف ذراع فخرجت تسعمائة فهذا كالعيب في ثبوت الرد لانه شرط شرطاً مقصوداً فبان بخلافه فأشبهه ما لو شرط العبد كاتبا فبان بخلافه وجوز أحمد الامساك لان المرأة رضية بها ناقصة ولم يجهل لها مع الامساك أرشاً لان ذلك ليس بعيب ، وبجمله أن لها الرجوع بقيمة نقصها أو ردها وأخذ قيمتها

ولنا ان الغرض في الجملة معلوم فلا يقصد لجهالته في التفصل كما لو اشترى أربعة أعبد من رجل بمن واحد وكذلك الصبرة بمن واحد وهو لا يعلم قدر كل قفيز منها. اذا ثبت هذا فان المهر يقسم بينهم على قدر مهورهن في قول القاضي وابن حامد وهو قول أبي حنيفة وصاحبيه والشافعي وقال أبو بكر يقسم بينهم بالسوية لانه أضافه اليهن اضافة واحدة فكان بينهم بالسوية كما لو وهبه لهن أو أقربه وكما لو اشترى جماعة ثوباً بأثمان مختلفة ثم باعوه مرابحة أو مساومة كان الثمن بينهم بالسوية وان اختلفت رؤس أموالهم ولان القول بالتقسيم يفضي إلى جهالة العوض لكل واحد منهم وذلك يفسده

ولنا ان الصفقة اشتملت على شيئين مختلفي القيمة فوجب تقسيط العوض عليهما بالقيمة كما لو باع شقصا وسيفا أو اشترى عبيدين فوجد أحدهما حراً فانه يرجع بقيمته من الثمن وكذلك نص فيمن تزوج على جارتين فاذا احدهما حرة انه يرجع بقيمة الحرة وما ذكره من المسئلة ممنوع وان سلم فالقيمة ثم واحدة بخلاف مسئلتنا

وأما الهبة والاقرار فليس فيها قيمة يرجع اليها وتقسم الهبة عليها بخلاف مسئلتنا وافضأؤه إلى جهالة لا يمنع الصحة اذا كان معلوم الجملة، ومثل هذه المسئلة اذا خالغ نساءه بعوض واحد فانه يصح مع الخلاف فيه ويقسم العوض في الخلع على قدر مهورهن وعند أبي بكر يقسم بالسوية

(فصل) فان تزوج امرأتين بصداق واحد احدهما ممن لا يصح العقد عليها لكونها محرمة عليه أو غير ذلك وقلنا بصحة النكاح في الاخرى فلها حصتها من المسمى وبه قال الشافعي على قول وأبو

(مسألة) قال (وكذلك اذا تزوجها على عبد فخرج حراً أو استحق سواء سلمه اليها أو لم يسلمه)

وجهة ذلك أنه اذا تزوجها على عبد بهينه نظنه عبداً مملوكاً فخرج حراً أو مغبوباً فلها قيمته وبهذا قال ابو يوسف والشافعي في قديم قوليه ، وقال في الجديد لها مهر المثل ، وقال ابو حنيفة ومحمد في المغبوب كقولنا ، وفي الحر كقوله لان العقد تعلق بعين الحر بإشارته اليه فأشبهه ماله علماء حراً ولما أثار العقد وقع على التسمية فكانت لها قيمته كالغصب ولأنها رضيت بقيته اذ ظنته مملوكاً فكان لها قيمته كما لو وجدت مغبوباً ففردته بخلاف ما اذا قال أصدقك هذا الحر أو هذا المغبوب فأنها رضيت بلا شيء لرضاها بما تعلم أنه ليس بمال أو بما لا يدر على تملكه أياها فكان وجود التسمية كهدايا فكان لها مهر المثل وقول الخرقى سواء سلمه اليها أو لم يسلمه يعني أن تسليمه لا يفيد شيئاً لانه سلم مالا يجوز تسليمه ولا ثبت اليد عليه فكان وجوه كهدية

(فصل) فان أصدقها مثلياً فبان مغبوباً فلها مثله لان المثل أقرب اليه ولهذا يضمن به في الانلاف وان أصدقها جرة خل فخرجت خمرأً أو مغبوبة فلها مثل ذلك خلا لان الحل من ذوات الامثال وهذا مذهب أبي حنيفة وبعض أصحاب الشافعي وقال القاضي لها قيمته لان الخمر ليس بالولا من

يوسف وقال ابو حنيفة المسمى كله لاني يصح نكاحها لان العقد الفاسد لا يتعلق به حكم بحال فصار كأنه تزوجها والحائط بالمسمى

ولنا أنه عقد على عينين إحداها لا يجوز العقد عليها فلزمه في الاخرى بحصتها كما لو باع عبده وأم ولده وما ذكره لا يصح فان المرأة في مقابلة نكاحها مهر بخلاف الحائط

(فصل) فان جمع بين نكاح وبيع فقال زوجتك ابنتي وبعتك داري هذه بألف صح ويقسط الالف عليهما على قدر صداقها وقيمة الدار وان قال زوجتك ابنتي واشتريت منك عبدك هذا بألف فقال بعته وقبلت النكاح صح ويقسط الالف على العبد ومهر مثلها وقال الشافعي في احد قوليه لا يصح البيع والمهر لا فضائه الى الجمالة

ولنا أنها عقدان يصح كل واحد منهما منفرداً فصح جمعهما كما لو باعه ثوبين وان قال زوجتك ولك هذه الالف بألفين لم يصح لانه كهدية

(فصل) قال رضي الله عنه (ويشترط ان يكون معلوماً كالمثل فان أصدقها داراً غير معينة أو دابة لم يصح)

وهذا اختيار أبي بكر ومذهب الشافعي وقال القاضي يصح مجهولاً ما لم تزد جهالته على مهر المثل لان جعفر بن محمد نقل عن احمد في رجل تزوج امرأة على ألف درهم وخادم فطلقها قبل ان يدخل

ذوات الامثال. والصحيح ما قلناه لانه سماه خلا فرضيت به على ذلك فكان لها بدل المسعى كالحر وما ذكره يبطل بما إذا أصدقها عبداً فبان حرّاً ولانه ان أوجب قيمة الحر فالحر لا قيمة له وان أوجب قيمة الحل فقد اعتبر التسمية في ايجاب قيمته ففي ايجاب مثله أولى

(فصل) فان قال أصدقك هذا الحر وأشار الى الحل أو عبد فلان هذا وأشار الى عبده صحت التسمية ولها المشار اليه لان المعتود عليه يصح العقد عليه فلا يختلف حكمه باختلاف صفته كما لو قال بذلك هذا الاسود وأشار الى أبيض أو هذا الطويل وأشار الى قصير

(فصل) وان تزوجها على عيدين فخرج أحدهما حرّاً أو مخصوباً صحح الصداق في تمامه ولها قيمة الآخر نص عليه أحمد، وان كان عبداً واحداً فخرج نصفه حرّاً أو مخصوباً فلها الخيار بين رده وأخذ قيمته وبين امساك نصفه وأخذ قيمة باقيه نص عليه أحمد لان الشركة عيب فكان لها الفسخ كما لو وجدته معيباً، فان قبل فلم لا تفولون ببطالان التسمية في الجميع وترجع بالقيمة كلها في المسئلتين كما في تفرق الصنعة قلنا ان القيمة بدل انما يصار اليها عند العجز عن الاصل وهما العبد المملوك مقدور عليه ولا عيب فيه وهو مسمى في العقد فلا يجرز الرجوع الى بدله. أما تفرق الصنعة فانه اذا بطل العقد في الجميع صرنا الى الثمن وليس هو بدلا عن المبيع وانما انفسخ العقد فرجع في رأس ماله وهما لا ينفسخ العقد وانا رجع الى قيمة الحر منها تمذر تسليمه فلا وجب لا يحجب قيمته، وأما اذا كان

يقوم الخادم وسطاً على قدر ما يخدم مثلها ونحو هذا قول أبي حنيفة، فعلى هذا لو تزوجها على عبد أو أمة أو فرس أو بغل أو حيوان من جنس معلوم أو ثوب هروي أو مروي أو ما أشبهه مما يذكر جنسه فانه يصح ولها الفسوط وكذلك قفيز حنطة وعشرة ارطال زيت فان كانت الجهالة تزيد على جهالة مهر المثل كثوب أو دابة أو حيوان أو على حكمها أو حكمه أو حكم أجني أو على حنطة أو شعير أو زبيب أو على ما اكتسبه من العام لم يصح لانه لا سبيل الى معرفة الوسط فيتمذر تسليمه وفي الاول يصح لقول النبي ﷺ «أدوا الملائق ما تراضى عليه الاهلون» وهذا قد تراضوا عليه ولانه موضع يثبت فيه الحيوان في الذمة بدلا عما ليس المقصود فيه المال فيثبت مطلقا كالدية ولان جهالة التسمية ههنا أقل من جهالة مهر المثل لانه يعتبر بنسائها من تساويها في صفاتها وبلدها وزمانها ونسبها ولانه لو تزوجها على مهر المثل صح فهنها مع قلة الجهل أولى، ويفارق البيع فانه لا يثبت فيه الجهالة بحال وقال مالك يصح بمجهولا لانه ليس باكثر من ترك ذكره وان أصدقها عبداً مطلقاً لم يصح وهو قول أبي بكر، وقال القاضي يصح ولها الوسط وهو السندي كما لو أصدقها عبداً أو ثوباً وذكر جنسه لان له وسطاً تعطاه المرأة.

❦ مسألة ❦ (وان اصدقها عبداً من عبيده لم يصح)

ذكره أبو بكر وقال أبو الخطاب يصح وقد روي صحته عن احمد ولها احدى بالفرعة وكذلك

نصفه حراً ففيه عيب فجاز رده بعينه وقال أبو حنيفة إذا أصدقها عبدين فإذا أحدهما حر فلها العبد وحده صداقاً ولا شيء لها سواه

ولنا أنه أصدقها حراً فلم تسقط تسميته إلى غير شيء كما لو كان منفرداً
(آخر الجزء الرابع من ربيع النكاح من أجزاء الشيخ رحمه الله)

﴿مسئلة﴾ قال (وإذا تزوجها على أن يشتري لها عبداً بعينه فلم يبع أو طلب فيه أكثر من قيمته أو لم يقدر عليه فلها قيمته)

نص أحمد على هذا في رواية الأثرم وقال الشافعي لا تصح التسمية ولها مهر المثل لأنه جعل ملك غيره عوضاً فلم يصح كالبيع

ولنا أنه أصدقها تحصيل عبد بعين فصح كما لو تزوجها على رد عبدها الأبق من مكان معلوم ولا نسلم أنه جعل ملك غيره عوضاً وإنما العوض تحصيله وتمايكها إياه . إذا ثبت هذا فإنه إذا قدر عليه بشئ مثله لزمه تحصيله ودفعه إليها وإن جاءها بقيمته لم يلزمها قبوله لأنه قدر على دفع صداقها إليها فلزمه كما لو أصدقها عبداً يملكه ، وإن لم يبعه سيده أو تعذر عليه الوصول إليه لتلفه أو غير ذلك أو طلب فيه أكثر من قيمته فلها قيمته لأنه تعذر الوصول إلى قبض المسمى المنقوض فوجب قيمته كما لو تلف وإن كان الذي جعل لها مثلياً فتعذر شراؤه وجب لها مثله لأن المثل أقرب إليه

يخرج إذا أصدقها دابة من دوابه أو قيصاً من قمحانه أو نحوه فإنه قد روي عن أحمد في رواية منها فيمن تزوج على عبد من عبيده جائز فإن كانوا عشرة عبيد تعطى من أوسطهم فإن تشاحوا أقرع بينهم قالت : وتستقيم القرعة في هذا ؟ قال نعم ووجه ذلك أن الجهالة في هذا يسيرة ويمكن التعيين بالقرعة بخلاف ما إذا أصدقها عبداً مطلقاً فإن الجهالة تكثر ولا نصح

ولنا أن الصداق عوض في عقد معاوضة فلم يصح مجهولاً كمعوض البعير والاجارة ولأن المجهول لا يصح عوضاً في البيع فلم يصح تسميته كالحرّم وكما لو زادت جهالته على مهر المثل وأما الخبر فلمراد به ما تراضوا عليه مما يصلح عوضاً بدليل سائر ما لا يصلح ، وأما الدية فلأنها تثبت بالشرع لا بالعقد وهي خارجة عن القياس في تقديرها ومن وجبت عليه فلا ينبغي أن تجعل أصلاً ، ثم إن الحيوان الثابت فيها موصوف بسنة مقدر بقيمته فكيف يقاس عليه العبد المطلق في الأمرين ؟ ثم ليست عقداً وأما الواجب فيها بدل متلف لا يعتبر فيه التراضي فهو كقيمة المتلفات فكيف يقاس عليها عوض في عقد يعتبر تراضيهما به ؟ ثم إن قياس العوض في عقد معاوضة على عوض في معاوضة أخرى أصح وأولى من قياسه على بدل متلف ، وأما مهر المثل فأنما يجب عند عدم التسمية الصحيحة كما يجب قيم المتلفات

(فصل) وان تزوجها على عبد موصوف في الذمة صح لانه يصح أن يكون عوضاً في البيع فان جاءها بقيمته لم يلزمها قبولها وبهذا قال الشافعي واختاره ابو الخطاب وقال القاضي يلزمها قبولها قياساً على الابل في الدية .

ولنا أنها استحققت عليه عبداً بعقد معاوضة فلم يلزمها أخذ قيمته كالمسلم فيه ، ولانه عبد وجب صداقاً فأشبهه مالهو كن معيباً وأما الدية فلا يلزم أخذ قيمة الابل وانما الاثمان أصل في الدية كما أن الابل أصل في تخيير بين دفع أي الاصول شاء فيلزم الولي قبوله لا على طريق القيمة بخلاف مسئلتنا ولان الدية خارجة عن القياس فلا يناقض بها ولا يقاس عليها ثم قياس العوض على سائر الاعراض أولى من قياسه على غير عقود المعاوضات ثم ينتقض بالعبد المعين

(فصل) وإن تزوجها على أن يعتق أباهما صح نص عليه أحمد فان طالب به أكثر من قيمته أو لم يقدر عليه فلها قيمته وهذا قول الشعبي ووجه ما تقدم فان جاءها بقيمته مع امكان ثمرائه لم يلزمها قبولها لما ذكرنا ولانه يفتر عليها العوض في عتق أيها

(فصل) ولا يصح الصداق إلا معلوماً يصح بثله البيع وهذا اختيار أبي بكر ومذهب الشافعي وقال القاضي يصح مجهولاً ما لم تزدد جهاته على مهر المثل لان جعفر بن محمد نقل عن أحمد في رجل تزوج امرأة على ألف درهم وخادم فطلتها قبل أن يدخل بها يقوم الخادم وسطاً على قدر ما يخدم مثلاً

وان كانت تحتاج الى نظر، الا ترى انا نصير الى مهر المثل عند عدم التسمية ولا نصير الى عبد مطلق ولو باع ثوباً بعبد مطلق فأتلفه المشتري فانا نصير الى تقويمه ولا نوجب العبد المطلق ثم لانسلم ان جهالة المطلق من الجنس الواحد دون جهالة مهر المثل فان العادة في القبائل والقرى أن يكون لنسائهم مهر لا يكاد يختلف الا بالبكرة والثيوبة فقط فيكون اذا معلوماً والوسط من الجنس يبعد الوقوف عليه لكثرة أنواع الجنس واختلافها واختلاف الاعيان في النوع الواحد، وأما تخصيص التصحيح بعبد من عبيده فلا نظيره يقاس عليه ولا نعلم فيه نصاً يصار اليه فكيف يثبت الحكم فيه بالتحكم ؟

وأما نصوص أحمد على الصحة فتأولها أبو بكر على أنه تزوجها على عبد معين ثم أشكل عليه، إذا ثبت هذا فان لها مهر المثل في كل موضع حكمنا بفساد التسمية ومن قال بصحتها أوجب الوسط من المسمى والوسط من العبيد السندي لان الاعلى التركي والرومي والاسفل الزنجي والحشي والوسط السندي والمنصوري .

(فصل) وإن تزوجها على عبد موصوف في الذمة صح لانه يجوز ان يكون عوضاً في البيع فان جاءها بقيمته لم يلزمها قبولها ، وبهذا قال الشافعي وهو اختيار أبي الخطاب ، وقال القاضي يلزمها ذلك قياساً على الابل في الدية

ولنا أنها استحققت عليه عبداً بعقد معاوضة فلم يلزمها أخذ قيمته كالمسلم فيه ولانه عبد وجب صداقاً

ونحو هذا قول أبي حنيفة ، فعلى هذا إذا تزوجها على عبد أو أمة أو فرس أو بغل أو حيوان من جنس معلوم أو ثوب هروي أو مروي وما أشبهه مما يذكر جنسه فإنه يصح ولها الوسط وكذلك قفيز حنطة وعشرة أرطال زيت ، وإن كانت الجهالة تزيد على جهالة مهر المثل كثوب أو دابة أو حيوان أو على حكمها أو حكمه أو حكم أجنبي أو على حنطة أو شعير أو زيت أو على ما اكتسبه في العام لم يصح لأنه لا سبيل إلى معرفة الوسط فيتعذر تسليمه ، وفي الأول يصح لقول النبي ﷺ « العاتق ما تراضى عليه الاهلون » وهذا قد تراضوا عليه ، ولأنه موضع ثبت فيه الحيوان في الذمة بدلا عما ليس المقصود فيه المال فثبت مطلقا كالدية ، ولأن جهالة التسمية ههنا أقل من جهالة مهر المثل لأنه يعتبر بنسائها ممن يساويها في صفاتها وبلدها وزمانها ونسبها ، ثم لو تزوجها على مهر مثلهما صح فهنا مع قلة الجهل فيه أولى وبفارق البيع فإنه لا تحتمل فيه الجهالة بحال ، وقال مالك يصح مجهولا لأن ذلك ليس بأكثر من ترك ذكره ، وقال أبو الخطاب إن تزوجها على عبد من عبيده أو قيص من قصانه أو عمامة من عمامته ونحو ذلك صح لأن أحمد قال في رواية مهنا فيمن تزوج على عبد من عبيده جائز فإن كانوا عشرة عبيد تعطى من أوسطهم فإن تشاحا أقرع بينهم قلت وتستقيم القرعة في هذا ؟ قال نعم ووجهه أن الجهالة ههنا يسيرة ويمكن التعمين بالقرعة بخلاف ما إذا أصدقها عبداً مطلقا فإن الجهالة تكثر فلا يصح ولنا أن الصداق عوض في عقد معارضة فلم يصح مجهولا كعوض البيع والاجارة ولأن المجهول

فأشبهه مالوكان معيباً ، وأما الدية فلا يلزمه أخذ قيمة الابل وإنما الاثمان أصل في الدية فيتخير بين أي الأصول شاء فيلزم الولي قبوله لا على طريق القيمة بخلاف مسئلتنا ، ولأن الدية خارجة عن القياس فلا يناقض بها ولا يقاس عليها ثم قياس العوض على سائر الاعواض أولى من قياسه على عقود المعاوضات ثم ينتقض بالعبد المدين

﴿ مسألة ﴾ (وكذلك ان أصدقها عبداً مطلقا فجاءها بقيمتها أو خالعتها على ذلك فجاءته بقيمتها لم يلزمها قبولها)

وقال القاضي يلزمها ذلك الخافا بالدية وقد ذكرنا الفرق بينهما وإن الصحيح خلاف قوله (فصل) وإن تزوجها على أن يعتق أباهما صح نص عليه أحمد فإن طلبت أكثر من قيمته أو تعذر عليه فلها قيمته وهذا قول الشعبي لما تذكره في الفصل الذي يليه فإن جاءها بقيمتها مع إمكان شرائه لم يلزمها قبوله لما ذكرناه ولأنه يفوت عليها الغرض في عتق أبيها

(فصل) فإن تزوجها على أن يشتري لها عبداً بعينه فلم يبعه سيده أو طلب به أكثر من قيمته أو تعذر عليه فلها قيمته نص عليه أحمد في رواية الأثرم وقال الشافعي لا تصح التسمية ولها مهر المثل لأنه جعل ملك غيره عوضاً فلم يصح كالبيع

ولنا أنه أصدقها تحصيل تبهيد معين فصح كما لو تزوجها على رد عبدها إلا بقي من مكان معلوم ولا

لا يصلح عوضاً في البيع فلم تصح تسميته كالمحرم وكما لو زادت جهالة على مهر المثل ، وأما الخبر فالمراد به ما راضوا عليه مما يصلح عوضاً بدليل سائر مالا يصلح ، وأما الدية فانها ثبت بالشرع لا بالعقد وهي خارجة عن القياس في تقديرها ومن وجبت عليه فلا ينبغي أن تجعل أصلاً ، ثم إن الحيوان الثابت فيها موصوف بسنه مقدر بقيمته فكيف يقاس عليه العبد المطلق في الامرين ثم ليست عقداً وإنما الواجب بدل متلف لا يعتبر فيه التراضي فهو كقيم المتلفات فكيف يقاس عليها عوض في عقد يعتبر تراضيهما به ؟ ثم إن قياس العوض في عقد معاوضة على عوض في معاوضة أخرى أصح وأولى من قياسه على بدل متلف ، وأما مهر المثل فأنما يجب عند عدم التسمية الصحيحة كما يجب قيم المتلفات وإن كانت تحتاج الى نظره ألا ترى أنا نصبر الى مهر المثل عند عدم التسمية ولا نصبر الى عبد مطلق ، ولو باع ثوباً بعبد مطلق فأنلفه المشتري فأنما نصبر الى تقويمه ولا نوجب العبد المطلق ، ثم لا نسلم أن جهالة المطلق من الجنس الواحد دون جهالة مهر المثل فإن العادة في القبائل والقرى أن يكون لنسائهم مهر لا يكاد يختلف إلا بالبحارة والثيوبة فحسب فيكون إذا معلوماً والوسط من الجنس يبعد الوقوف عليه لكثرة أنواع الجنس واختلافها واختلاف الاعيان في النوع الواحد . وأما تخصيص التصحيح بعبد من عبيده فلا نظير له يقاس عليه ولا نعلم فيه نصاً يصار اليه فكيف يثبت الحكم فيه بالنحكم . وأما نصيرص أحمد على الصحة فتأولها أبو بكر على أنه تزوجها على عبد معين ثم أشكل عليه . إذا ثبت هذا فإن لها مهر المثل في كل موضع حكماً بفساد التسمية

نسلم أنه جعل ملك غيره عوضاً وأما العوض تحصيله وتعليقها إياه ، إذا ثبت هذا فانه ان قدر عليه بشئ مثله لزمه تحصيله ودفعه اليها وان جاءها بقيمته لم يلزمها قبولها لانه قدر على دفع صداقها اليها فلزمه كما لو اصدقها عبداً يملكه فإن تعذر عليه الوصول اليه لتكلفه أو غير ذلك أو طلب به أكثر من قيمته فلها قيمته لانه تعذر الوصول الى قبض المسمى المتقدم فوجب قيمته كما لو تلفت فإن كان الذي جعل لها مثلياً فلها مثله عند اعتذار لان المثل اقرب اليه

﴿ مسألة ﴾ (وان اصدقها طلاق امرأة له أخرى لم يصح وعنه يصح فان فات طلاقها بموتها فلها مهرها في قياس المذهب)

ظاهر المذهب ان المسمى ههنا لا يصح ولها مهر مثلها ، وهذا اختيار ابي بكر وقول الفقهاء لان هذا ليس بمال وقد قال الله تعالى (أن تبغوا بأموالكم) ولان النبي ﷺ قال « لا نسأل المرأة طلاق أختها لنكفي ما في صديقتها ولننكح فان لها ما قدر لها » صحيح وروى عبد الله بن عمر عن النبي ﷺ أنه قال « لا يحل لرجل ان ينكح امرأة بطلاق أخرى » ولان هذا لا يصلح ثمناً في بيع ولا أجراً في اجارة فلم يصح صداقاً كلمة . افغ المحرمة ، فعلى هذا يكون حكمه حكم ما لو اصدقها خيراً أو نحوه ويكون لها مهر المثل أو نصفه ان طلقها قبل الدخول أو المنعة عند من يوجبها في التسمية الفاسدة ، وعن احمد رواية أخرى ان التسمية صحيحة لانه شرط فعل لها فيه نفع وفائدة لما يحصل لها من الراحة بطلاقها

ومن قال بصحتها أوجب الوسط من المسمى والوسط من العيب السندي لأن الأعلى التركي والرومي والأسفل الزنجي والحشي والوسط السندي والمنصوري ، قال القاضي وإن أعطاهما قيمة العبد لزمها قبولها إلخافاً بالابل في الدية

(فصل) ويجوز أن يكون الصداق معجلاً ومؤجلاً وبعضه معجلاً وبعضه مؤجلاً لأنه عوض في معاوضة فجاز ذلك فيه كالثمن ثم إن أطلق ذكره اقتضى الحلول كما لو أطلق ذكر الثمن، وإن شرطه مؤجلاً إلى وقت فهو إلى أجله وإن أجله ولم يذكر أجله فقال القاضي المهر صحيح ومحل الفرقه فإن أحمد قال إذا تزوج على العاجل والآجل لا يحل الآجل إلا بموت أو فرقة وهذا قول النخعي والشعبي وقال الحسن وحماد بن أبي سليمان وأبو حنيفة والثوري وأبو عبيد يبطل الآجل ويكون حالاً ، وقال إياس بن معاوية وقتادة لا يحل حتى يطلق أو يخرج من مصرها أو يتزوج عليها

وعن مكحول والأوزاعي والعنبري يحل إلى سنة بعد دخوله بها ، واختار أبو الخطاب أن المهر فاسد ولها مهر المثل وهو قول الشافعي لأنه عوض مجهول المحل ففسد كالثمن في البيع، ووجه القول الأول أن المطاق يحمل على العرف والعادة في الصداق الآجل ترك المطالبة به إلى حين الفرقه فحمل عليه فيصير حينئذ معلوماً بذلك ، فأما إن جعل الآجل مدة مجهولة كقدوم زيد ومجيئ المطر ونحوه لم يصح لأنه مجهول وإنما صح المطاق لأن أجله الفرقه بحكم العادة وههنا صرفه عن العادة بذكر الآجل ولم يبينه فبقي مجهولاً فيحتمل أن تبطل التسمية ويحتمل أن يبطل التأجيل وبحل

من مقاسمتها وضررها والغيرة منها فصح هذا كعتق أيها وخياطة قيصها ولهذا صح بدل العوض في طلاقها بالخلع ، فعلى هذا إن لم تطلق ضررها فإياها مثل صداق الضرر لأنه سمي لها صداقاً لم تصل إليه فكان لها قيمته كما لو اصدقها عبداً فخرج حراً ، ويحتمل أن لها مهر مثلاً لأن الطلاق لا قيمة له فإن جعل صداقها أن طلاق ضررها إليها إلى سنة أو إلى وقت فجاء الوقت ولم تقض شيئاً رجع الأمر إليه فقد أسقطه أحمد لأنه جعله لها إلى وقت فإذا مضى الوقت ولم تقض فيه شيئاً بطل تصرفها كالوكيل وهل يسقط حقها من المهر ؟ فيه وجهان ذكرهما أبو بكر (أحدهما) يسقط لأنها تركت ما شرط لها باختيارها فسقط حقها كما لو تزوجها على عبد فاعتقته (والثاني) لا يسقط لأنها أخرت استيفاء حقها فلم يسقط كما لو أخرت قبض دراهمها، وهل يرجع إلى مهر مثلها أو إلى مهر الأخرى ؟ يحتمل وجهين

(فصل) الزيادة في الصداق بعد العقد تلتحق به نص عليها أحمد قال في الرجل يتزوج المرأة على مهر فلما رآها زادها في مهرها فهو جائز ، فإن طلقها قبل الدخول بها فلها نصف الصداق الأول ونصف الزيادة وهذا قول أبي حنيفة ، وقال الشافعي لا تلتحق الزيادة في العقد فإن زادها فهي هبة تقتصر إلى شروط الهبة ، فإن طلقها بعد هبتها لم يرجع بشيء من الزيادة ، قال القاضي وعن أحمد مثل

(مسئلة) قال (واذا تزوجها على محرّم وهما مسلمان ثبت النكاح وكان لها مهر المثل أو نصفه ان كان طلقها قبل الدخول)

في هذه المسئلة ثلاث مسائل :

(الاولى) أنه اذا سمي في النكاح صداقاً محرماً كالخمر والخنزير فالتسمية فاسدة والنكاح صحيح نص عليه أحمد وبه قال عامة الفقهاء منهم الشوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي، وحكي عن أبي عبيد أن النكاح فاسد واختاره أبو بكر عبد العزيز قال لأن أحمد قال في رواية المروزي اذا تزوج على مال غير طيب فكرهه ، فقلت ترى استقبال النكاح فأعجبه . وحكي عن مالك أنه إن كان بعد الدخول ثبت النكاح وإن كان قبله ففسخ ، واحتج من أفسده بأنه نكاح جعل الصداق فيه محرماً فأشبهه نكاح الشغار .

ولنا أنه نكاح لو كان عوضه صحيحاً كان صحيحاً فوجب أن يكون صحيحاً وإن كان عوضه فاسداً كما لو كان مفصراً أو مجهولاً ولأنه عقد لا يفسد بجهالة العوض فلا يفسد بتحريمه كالخلع ، ولأن فساد العوض لا يزيد على عدمه ولو عدم كان العقد صحيحاً فكذلك اذا فسد ، وكلام أحمد في رواية المروزي محمول على الاستحباب فإن مسئلة المروزي في المال الذي ليس بطيب وذلك لا يفسد العقد

ذلك فانه قال : إذا زوج رجل أمة عبده ثم أعتقها جميعاً فقالت الامة زدني في مهري حتى أختارك فالزيادة للامة ، ولو لحقت بالعقد كانت الزيادة للسيد

قال شيخنا وليس هذا دليلاً على أن الزيادة لا تلحق بالعقد فان معنى حقوق الزيادة بالعقد أنها تلزم ويثبت فيها أحكام الصداق من التنصيف بالطلاق قبل الدخول وغيره ولأن معناه أن الملك يثبت فيها قبل وجودها وانها تكون للسيد ، وحجة الشافعي أن الزوج ملك البضع بالمسمى في العقد فلم يحصل بالزيادة شيء من المعقود عليه فلا يكون عوضاً في النكاح كما لو وهب شيئاً ولانها زيادة في عوض العقد بعد لزومه فلم تلحق به كما في البيع .

وننا قول الله تعالى (ولا جناح عليكم فيما تراضيت به من بعد الفريضة) ولأن ما بعد العقد زمن لفرض المهر فكان حالة الزيادة كحالة العقد وبهذا فارق البيع والاجارة وقولهم انه لا يملك شيئاً من المعقود عليه قلنا هذا يبطل بجميع الصداق فان الملك ما حصل به ولهذا صح خلوه عنه وهذا ألزم عندهم فانهم قالوا مهر المفوضة اما وجب بفرضه لا بالعقد وقد ملك البضع بدونه ، ثم انه يجوز أن يستند ثبوت هذه الزيادة الى حالة العقد فيكون كانه ثبت بهما جميعاً كما قالوا في مهر المفوضة اذا فرضه وكما قلنا جميعاً فيما إذا فرض لها أكثر من مهر مثلاً . إذا ثبت هذا فان معنى حقوق الزيادة بالعقد أنه ثبت لها حكم المسمى في العقد في أنها تنصف بالطلاق قبل الدخول ولا تقتصر الى شروط الهبة وليس معناه

بتسميته فيه اتفاقا وما حكى عن مالك لا يصح فإن ما كان فاسداً قبل الدخول فهو بعده فاسد كزناح ذوات المحرم ، فأما إذا فسد الصداق لجبهاته أو عدمه أو العجز عن تسليمه فإن الزناح ثابت لا نفيل فيه خلافاً ، وقول الخري وهما مسلمان احتراز من الكافرين إذا عقد الزناح بمحررم فإن هذه قد مر تفصيلها .

(المسئلة الثانية) أنه يجب مهر المثل وهذا قول أكثر أهل العلم منهم مالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي وذلك لأن فساد العوض يقتضي ردالمعوض وقد تعذر رده لصحة الزناح فيجب رد قيمته وهو مهر المثل كن اشترى شيئاً بشمن فاسد فقبض المبيع وتلف في يده فإنه يجب عليه رد قيمته فإن دخل بها استقر مهر المثل في قولهم جميعاً ، وإن مات أحدهما فكذلك لأن الموت يقوم مقام الدخول في تكبل الصداق وتقريره ، وقال أبو الخطاب فيه رواية أخرى لا يستقر بالموت إلا أن يكون قد فرضه لها ، وإن طلق قبل الدخول فلها نصف مهر المثل وبهذا قال الشافعي ، وقال أصحاب الرأي لها المنة لأنه لو لم يسم لها صداقاً كان لها المنة فكذلك إذا سعى لها تسمية فاسدة لأن هذه التسمية كعدمها . وذكر القاضي في الجامع أنه لا فرق بين من لم يسم لها صداقاً وبين من سعى لها محرماً كالخمر أو مجهولاً كالثوب وفي الجميع روايتان

(أحدها) لها المنة إذا طلقها قبل الدخول لأن ارتفاع العقد يوجب رفع ما أوجبه من العوض

أن الملك يثبت فيها من حين العقد ولا أنها تثبت لمن كان الصداق له لأن الملك لا يجوز تقديمه على سببه ولا وجوده في حال عدمه وإنما يثبت الملك بعد سببه من حينئذ وقال القاضي في الزيادة وجه آخر أنها تسقط بالطلاق

قال شيخنا لا أعرف ذلك فإن من جعلها صداقاً جعلها تستقر بالدخول وتنصف بالطلاق قبله وتسقط كلها إذا جاء الفسخ من قبل المرأة ومن جعلها هبة لا تنصف بطلاقها إلا أن تكون غير مقبوضة فأنها عدة غير لازمة فإن كان القاضي أراد ذلك فهذا وجه والا فلا

﴿مسئلة﴾ (وان تزوجها على ألف إن كان أبوها حياً وألفين إن كان ميتاً لم تصح التسمية)

ولها صداق نسائها نص عليه أحمد في رواية مهنا لأن حال الأب غير معلومة فيكون مجهولاً

﴿مسئلة﴾ (وان تزوجها على ألف إن لم يكن له زوجة وعلى ألفين إن كانت له زوجة لم تصح التسمية) في قياس التي قبلها وكذلك إذا تزوجها على ألف إن لم يخرجها من دارها ونص أحمد على صحة التسمية في هاتين المسئلتين قال أبو بكر في الجميع روايتان

(أحدها) لا يصح وهو اختيار أبي بكر لأن سبيله سبيل الشرطين فلم يحز كالبيع (وإثانية) يصح لأن الألف معلوم وإنما جهل الثاني وهو معلوم على شرط فإن وجد الشرط كان زيادة في الصداق وهي جائزة والأولى أولى ، والقول بأن هذا تعليق على شرط لا يصح لوجهين (أحدهما) أن الزيادة لا يصح تعليقها على شرط فلو قال إن مات أبوك فقد زدتك إلى صداقك ألفاً لم يصح ولم تلزم الزيادة عند موت

كالبيع لكن تركناه في نصف المسمى لتراضيهما عليه فكان ما تراضيا عليه أولى في مهر المثل يبقى على الأصل في أنه يرتفع وتجب المنفعة

(والثانية) أن لها نصف مهر المثل لأن ما أوجبه عقد النكاح يتنصف بالطلاق قبل الدخول ومهر المثل قد أوجبه العقد فيتنصف به كالسعى ، والخرقي فرق بينهما فأوجب في التسمية الفاسدة نصف مهر المثل وفي المفوضة المنفعة وهو مذهب الشافعي لأن المفوضة رضيت بلا عوض وعاد إليها بضمها سليما وإيجاب نصف المهر لها لا وجه له لأن الله تعالى أوجب لها المنفعة في إيجاب نصف المهر جمع بينهما أو إسقاط للمنفعة المنصوص عليها وكلاهما فاسد ، وأما التي اشترطت لنفسها مهر آفلم ترض إلا بعوض ولم يحصل لها العوض الذي اشترطته فوجب لها بدل ما فات عليها من العوض وهو مهر المثل أو نصفه إن كان قبل الدخول ولأن الأصل وجوب مهر المثل لأنه وجب بالعقد بدليل أنه يستقر بالدخول والموت وإنما خولف هذا في المفوضة بالنص الوارد فيها ففيها عداها يبقى على الأصل

(المسئلة الثالثة) أنه إذا سمي لها تسمية فاسدة وجب مهر المثل بالغاً ما بلغ وبه قال الشافعي وزفر وقال أبو حنيفة وصاحباها يجب الأقل من المسمى أو مهر المثل لأن البضع لا يقوم إلا بالعقد فإذا رضيت بأقل من مهر مثله لم يقوم بأكثر مما رضيت به لاتها رضيت باسقاط الزيادة ولذا أن ما يضمن بالعقد الفاسد اعتبرت قيمته بالغاً ما بلغ كالبيع وما ذكره فقير مسلم ثم لا يصح

الاب (وإثاني) أن الشرط ههنا لم يتجدد في قوله إن كان لي زوجة وإن كان أبوك ميتاً ولا الذي جعل الألف فيه معلوم الوجود ليكون الألف الثاني زيادة عليه ، ويمكن الفرق بين المسئلة التي نص أحمد على إبطال التسمية فيها وبين التي نص على الصحة فيها بأن الصفة التي جعل الزيادة فيها ليس للمرأة فيها غرض يصح بذل العوض فيه وهو كون أبيها ميتاً بخلاف المسئلتين اللتين صحح التسمية فيهما فإن خلو المرأة من ضرة تعيرها وتقاسمها وتضييق عليها من أكبر أغراضها وكذلك إقرارها في دار لها بين أهلها وفي وطنها فلذلك خففت صداقها لتحصيل غرضها وثقلته عند فواته ، فعلى هذا يتمتع قياس إحدى الصورتين على الأخرى ولا يكون في كل مسئلة إلا رواية واحدة وهي الصحة في المسئلتين الآخرتين وبالطلان في المسئلة الأولى وما جاء من المسائل الحق ما أشبهها به

﴿مسئلة﴾ (وإذا قال العبد لسيده أعطني على أن أتزوجك فأعنته على ذلك عتق ولم يلزمه شيء ، وكذلك إن قالت لعبدها أعنتك على أن تزوج بي لم يلزمه ذلك يعتق ولم يلزمه قيمة نفسه) لأنها اشترطت عليه شرطاً هو حق له فلم يلزمه كما لو شرطت عليه أن تهبه دنانير فيقبلها ولأن اشكاح من الرجل لا عوض له بخلاف نكاح المرأة ، وكذلك لو شرط السيد على أمته أن تزوجه نفسها لم يلزمه ذلك ﴿مسئلة﴾ (وإذا فرض الصداق مؤجلاً ولم يذكر محل الأجل صح وحله الفرقة عند أصحابنا وعند أبي الخطاب لا يصح)

عندم فانه لو وطئها وجب مهر المثل ولو لم يكن له قيمة لم يجب فان قيل انما وجب لحق الله تعالى قيل لو كان كذلك لوجب أقل المهر ولم يجب مهر المثل

﴿مسألة﴾ قال (واذا تزوجها على الف لها والف لا يها كان ذلك جائزاً فان طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف الالفين ولم يكن على الاب شيء مما أخذ)

وجلة الامر انه يجوز لأبي المرأة أن يشترط شيئاً من صداق ابنته لنفسه وبهذا قال اسحاق ، وقد روي عن مسروق انه لما تزوج ابنته اشترط لنفسه عشرة آلاف فجعلها في الحج والمساكين ثم قال الزوج جهز امرأتك ، وروي نحو ذلك عن علي بن الحسين ، وقال عطاء وطاوس وعكرمة وعمر بن عبد العزيز والثوري وأبو عبيد يكون كل ذلك للمرأة . وقال الشافعي إذا فعل ذلك فلها مهر المثل وتفسد التسمية لانه نقص من صداقها لاجل هذا الشرط . الفاعل لان المهر لا يجب الا للزوجة لانه عوض بضعها يبقى مجهولاً لا نحتاج أن نضم الى المهر ما نقص منه لاجل هذا الشرط وذلك مجهول فيفسد وانما قول الله تعالى في قصة شعيب عليه السلام (اني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج) فجعل الصداق الاجارة على رعاية غنمه وهو شرط لنفسه ولان للوالد الاخذ من مال ولده بدليل قوله عليه السلام «أنت ومالك لأبيك» وقوله «ان أولادكم من أطيب كسبكم

يجوز أن يكون الصداق مؤجلاً ومعجلاً وبعضه مؤجلاً لانه عقد في معاوضة فجاز ذلك فيه كالثمن ومتى أطلق اقتضى الحلول كما لو أطلق ذكر الثمن وان شرطه مؤجلاً الى وقت فهو الى أجله وان شرطه مؤجلاً ولم يذكر أجله فقال القاضي يصح ومحل الفرقة عند أصحابنا قال أحمد اذا زوج على العاجل والآجل لا يحل الا بموت أو بفرقة وهذا قول التخي والشعبي وقال الحسن وحماد بن أبي سليمان وأبو حنيفة والثوري وأبو عبيد يبطل الاجل ويكون حالا وقال اياس بن معاوية لا يحل حتى تطلق أو يخرج من مصرها أو يتزوج وعن مكحول والاوزاعي يحل الى سنة بعد الدخول بها واختار أبو الخطاب فساد المسمى ولها مهر المثل وهو قول الشافعي ولانه عوض مجهول المحل ففسد كسمن المبيع ووجه الاول أن المطلق يحمل على الفرقة والعادة في الصداق الآجل ترك المطالبة به الى حين الفرقة فحمل عليه فيصير حينئذ معلوماً بذلك فأما ان جعل الاجل مدة معلومة كقدوم زيد ونحوه لم يصح للجهالة وانما صح المطلق لان أجله الفرقة بحكم العادة وقد صرفه ههنا عن العادة بذكر الاجل ولم يبينه فبقي مجهولاً فيحتمل أن تبطل التسمية ويحتمل أن يبطل التأجيل ويحل

﴿فصل﴾ قال رضي الله عنه (وان أصدقها خمراً أو خنزيراً أو مالا مغصوباً صح النكاح ووجب مهر المثل نص عليه أحمد وبه قال عامة الفقهاء منهم الثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي وحكي

فكلوا من أموالهم » أخرجه أبو داود ونحوه الترمذي وقال حديث حسن ، فإذا شرط لنفسه شيئاً من الصداق يكون ذلك أخذاً من مال ابنته وله ذلك

قولهم : انه شرط فاسد . ممنوع ، قال القاضي ولو شرط جميع الصداق لنفسه صح بدليل قصة شعيب فانه شرط الجميع لنفسه ، وإذا تزوجها على ألف لها وألف لا يها فطاعت قبل للدخول رجع الزوج في الألف الذي قبضته ولم يكن على الأب شيء . مما أخذ لان الطلاق قبل الدخول يوجب نصف الصداق والألفان جميع صداقها فرجع عليها بنصفها وهو ألف ولم يكن على الأب شيء لانه أخذ من مال ابنته الفأفلا يجوز الرجوع عليه به ، وهذا فيما إذا كان قد قبضها الألفين ولو طلقها قبل قبضها سقط عن الزوج ألف وبقي عليه ألف للزوجة يأخذ الأب منها ما شاء

وقال القاضي يكون بينهما نصفين وقال قتله منها عن أحمد لانه شرط لنفسه النصف ولم يحصل من الصداق الا النصف ، وليس هذا القول على سبيل الإيجاب فان الأب أن يأخذ ما شاء ويترك ما شاء وإذا ملك أن يأخذ من غير شرط . فكذلك إذا شرط .

(فصل) فان شرط ذلك غير الأب من الأولياء كالجد والابن والعم فالشرط باطل نص عليه أحمد وجميع المسمى لها ذكره أبو حفص وهو قول من سميناه في أول المسئلة ، وقال الشافعي يجب مهر المثل وهكذا ذكر القاضي في المجرى لان الشرط اذا بطل احتجنا ان نرد الى الصداق ما نقصت الزوجة

عن أبي عبيد أن النكاح فاسد اختاره أبو بكر عبد العزيز وروي عن أحمد نحو ذلك فانه قال في رواية المروزي إذا تزوج على غير طيب فكرهه فقالت ترى استقبال النكاح فأعجبه وحكي عن مالك أنه ثبت إذا دخل بها وإن كان قبله فسخ قالوا لانه نكاح جعل الصداق فيه محرماً فأشبهه نكاح الشغار ولنا أنه نكاح لو كان عوضه صحيحاً كان صحيحاً فوجب ان يصح وان كان فاسداً كما لو كان مجهولاً ولانه عقد لا يبطل بجهالة العوض فلا يفسد بتحريره كالخلع ولان فساد العوض لا يزبد على عدمه ولو عدم كان العقد صحيحاً فكذلك اذا فسد وكلام أحمد في رواية المروزي محمول على الاستحباب فان مسئلة المروزي في المال الذي ليس بطيب وذلك لا يفسد العقد بتسميته فيه وما حكي عن مالك لا يصح وما كان فاسداً قبل الدخول فهو بعده فاسد كنكاح ذوات المحارم فأما اذا فسد الطلاق لجهااته أو عدمه أو العجز عن تسليمه فالنكاح ثابت لا نعلم فيه اختلافاً

(فصل) ويجب مهر المثل في قول أكثر أهل العلم منهم مالك والثوري ، والشافعي وأبو ثور يبطلان التسمية ويرجع بالقيمة كلها في المسائلين كما في تفريق الصفقة قلنا لان القيمة بدل إنما يصار إليها عند العجز عن الاصل وههنا العبد المملوك مقدور عليه ولا عيب فيه وهو مستحق في العقد فلا يجوز الرجوع الى بدله أما تفريق الصفقة فانه إذا بطل العقد في الجميع صرنا الى الثمن وليس هو بدلا عن المبيع وإنما انفسخ العقد فرجع في رأس العقد وههنا لا ينفسخ العقد وإنما يرجع الى قيمة الحر منها

لاجله ولا يعرف قدره فيصير الشكل مجهولاً فيفسد وان أصدقها الفين على أن تعطي أخاها ألفاً فالصداق صحيح لانه شرط لايزاد في المهر من أجله ولا ينقص منه فلا يؤثر في المهر بخلاف التي قبلها ولما ان جميع ما اشترطه عوض في تزويجها فيكون صداقاً لها كما لو جعله لها وإذا كان صداقاً انتفت الجمالة وهكذا لو كان الأب هو المشتري لكان الجميع صداقاً وإنما هو أخذ من مال ابنته لان له ذلك ويشترط أن لا يكون ذلك مجعناً بمال ابنته فان كان مجعناً بما لها لم يصح الشرط وكان الجميع لها كما لو اشترطه سائر أوليائها ذكره القاضي في المجرى

(فصل) فان شرط لنفسه جميع الصداق ثم طلق قبل الدخول بعد تسليم الصداق اليه رجع في نصف ما أعطى الأب لانه الذي فرضه لها فترجع في نصفه لقوله تعالى (نصف ما فرضتم) ويحتمل أن يرجع عليها بقدر نصفه ويكون ما أخذه الأب له لاننا قدرنا أن الجميع صار لها ثم أخذه الأب منها فتصير كأنها قبضته ثم أخذه منها وهكذا لو أصدقها ألفاً والنا لا يبيها ثم ارتدت قبل الدخول فهل يرجع في الألف الذي قبضه الأب أو عليها؟ على وجهين

لتعذر تسليمه فلا وجه لايجاب قيمته أما اذا كان نصفه حرراً ففيه عيب فجاز رده بعيبه وقال أبو حنيفة اذا أصدقها عبيدين فاذا أحدهما حر فلها العبد وحده صداقاً ولا شيء لها سواء ولنا أنه أصدقها حرراً فلم تسقط تسميته الى غير شيء كما لو كان منفرداً (مسألة) وان وجدت به عيباً فلها الخيار بين أخذ ارشه أو رده وأخذ قيمته (وجملته ذلك أن الصداق اذا كان معيناً فوجدت به عيباً فلها رده كالمبيع المعيب ولا نعلم في هذا خلافاً اذا كان العيب كثيراً وان كان يسيراً فخفي عن أبي حنيفة أنه لا يرد به ولنا أنه عيب يرد به المبيع فرد به الصداق كالكثير اذا رد به فلها قيمته ولا يفسخ برده فيبقى سبب استحقاقه فتجب عليه قيمته كما لو غصبها إياه فأتلفته فان كان الصداق مثلياً كالمكيل والموزون فردته فلها عليه مثله لانه أقرب اليه فان اختارت امساك المعيب وأخذ ارشه فلها ذلك في قياس المذهب وان حدث به عيب عندها ثم وجدت به عيباً خيراً بين أخذ ارشه ورده ورد ارش عيبه لانه عوض في عقد معاوضة فيثبت فيه ذلك كالمبيع وسائر فروع الرد بالعيب ثبتت ههنا مثل ما ثبت في البيع والخلاف فيه كالمبيع لما ذكرنا

(فصل) فان شرطت في الصداق صفة مقصودة كما لكتابة والصناعة فبان بخلافها فلها الرد كما ترد في البيع وهكذا ان دلسته تدليساً يرد به المبيع كتحمير وجه الجارية وتسويد شعرها وتضمير الماء على الرحا وأشبه ذلك فلها الرد به وان وجدت الشاة مصراً فلها ردها وترد صاعاً من تمر قياساً على البيع ونقل مهناعن أحد فيمن تزوج امرأة على ألف ذراع فاذا هي تسمائة هي الخيار ان شاءت أخذت الدار وان شاءت أخذت قيمة ألف ذراع والنكاح جائز وهذا فيما اذا أصدقها داراً بعينها على ألف ذراع فخرجت تسمائة فهذا كالعيب في ثبوت

﴿مسئلة﴾ قال (وإذا أصدقها عبداً صغيراً فكبيراً ثم طلقها قبل الدخول فإن شاءت دفعت إليه نصف قيمته يوم وقع عليه العقد أو تدفع إليه نصفه زائداً ألا أن يكون يصلح صغيراً لما لا يصلح له كبيراً فيكون له عليها نصف قيمته يوم وقع عليه العقد إلا أن يشاء أخذ ما بذلته من نصفه)

في هذه المسئلة أحكام منها أن المرأة تملك الصداق بالعقد وهذا قول عامة أهل العلم إلا أنه حكى عن مالك أنها لا تملك إلا نصفه وروى عن أحمد ما يدل على ذلك وقال ابن عبد البر هذا موضع اختلاف فيه السلف والآخر وأما الفقهاء اليوم فعلى أنها تملكه وقول النبي ﷺ « أن أعطيتها أزارك جلست ولا أزارك » دليل على أن الصداق كله للمرأة لا يبقى للرجل منه شيء ، ولأنه عقد تملك به العوض بالعقد فملك فيه العوض كاملاً كالبيع وسقوط نصفه بالطلاق لا يمنع وجوب جميعه بالعقد ألا ترى أنها لو ارتدت سقط جميعه وإن كانت قد ملكت نصفه إذا ثبت هذا فإنها موزيادته لها سواء قبضته أو لم تقبضه متصلاً كان أو منفصلاً وإن كان مالا زكاتياً حال عليه الحول فزكاته عليها نص عليه أحمد وإن نقص بعد قبضها له أو تلف فهو من ضمانها ولو زكته ثم طلقت قبل الدخول كان ضمان الزكاة كلها عليها وأما قبل القبض فهو من ضمان الزوج إن كان مكيلاً أو موزوناً وأما غيرها فإن منعها منه ولم

الرد لانه شرط شرطاً مقصوداً فإن بخلافه فأشبهه ما لو شرط العبد كاتباً فإن بخلافه ، وجوز أحمد الامساك لأن المرأة رضيت بها ناقصة ولم يجعل لها مع الامساك ارشالاً ذلك ليس بميب ، ويحتمل أن لها الرجوع بقيمة بعضها أو ردها وأخذ قيمتها

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (وإن تزوجها على الف لها والف لا يبيها صح)

وحمل ذلك أنه يجوز لابي المرأة أن يشترط شيئاً من صداقها لنفسه وبهذا قال إسحاق . وقد روي عن مسروق أنه لما تزوج ابنته اشترط لنفسه عشرة آلاف فجعلها في الحج والمساكين ثم قال للزوج جهز امرأتك ، وروى ذلك علي بن الحسين ، وقال عطاء وطاوس وعكرمة وعمر بن عبد العزيز والثوري وأبو عبيد يكون ذلك كله للمرأة

وقال الشافعي : إذا فعل ذلك فلها مهر المثل وتفسد التسمية لانه نقص من صداقها لاجل هذا الشرط . الفاسد لأن المهر لا يجب إلا للزوجة لكونه عوضاً بضعها فيبقى مجهولاً لانتانحتاج أن ننضم إلى المهر ما قص منه لاجل هذا الشرط . وذلك مجهول فيفسد

ولنا قول الله تعالى في قصة شعيب عليه السلام (اني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثمانى حجج) فجعل الصداق الاجارة على رعاية غنمه وهو شرط لنفسه ولأن الموالد لاخذ من مال ولده بدليل قوله عليه الصلاة والسلام « أنت ومالك لأبيك » وقوله « ان أولادكم من أطيب

يمكنها من قبضه فهو من ضمانه لأنه بمنزلة الغاصب وان لم يحل بينه وبينها فهل يكون من ضمانها أو من ضمانه ؟ على وجهين بناء على المبيع وقد ذكرنا حكمه في باب (الحكم الثاني) أن الصداق بنصف بالطلاق قبل الدخول لقوله تعالى (وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم) وليس في هذا اختلاف بحمد الله ، وقياس المذهب أن نصف الصداق يدخل في ملك الزوج حكما كالإيراث لا ينتقل إلى اختياره وإرادته فما يحدث من النماء يكون بينهما وهو قول زفر وذكر القاضي احتمالا آخر أنه لا يدخل في ملكه حتى يختار كالشفيع وهو قول أبي حنيفة ، وللشافعي قولان كالوجهين وانا قوله تعالى (فنصف ما فرضتم) أي حكم أولهن فاقضى ذلك أن النصف لها والنصف له بمجرد الطلاق ولأن الطلاق سبب لملك به بغير عرض فلم يقف الملك على إرادته واختياره كالإيراث ولأنه سبب لنقل الملك فنقل الملك بمجرد كاليبيع وسائر الأسباب ولا تلزم الشفعة فإن سبب الملك فيها الأخذ بها ومتى أخذ بها ثبت الملك من غير إرادته واختياره وقبل الأخذ ما وجد السبب وإنما استحق مباشرة سبب الملك ومباشرة الأسباب موقوفة على اختياره كما أن الطلاق موقوف على اختياره فلاخذ بالشفعة نظير الطلاق وثبوت الملك للأخذ بالشفعة نظير ثبوت الملك المطلق فإن ثبوت الملك حكم لها وثبوت أحكام الأسباب بعد مباشرتها لا يقف على اختيار أحد ولا إرادته فإن نقص الصداق في يد المرأة بعد الطلاق فإن كان قد طالها به فتمتعته فعليها الضمان لاسيما غاصبة وان تلف قبل مطالبتها

كسبكم فلكوا من أموالهم » خرجه أبو داود وأخرج نحوه الترمذي وقال هذا حديث حسن ، فإذا شرط لنفسه شيئا من الصداق يكون ذلك أخذاً من مال ابنته وله ذلك قوهم هو شرط فاسد ممنوع ، قال القاضي ولو شرط جميع الصداق لنفسه صح بدليل قصة شعيب عليه السلام فإنه شرط الجميع لنفسه

(مسألة) (فان طلقها قبل الدخول رجع عليها بالالف الذي قبضته ولم ترجع إلى الأب مما أخذ) لأن الطلاق قبل الدخول يوجب تنصيف الصداق والالفان جميع صدقاتها فرجع عليها بنصفها وهو الف ولم يكن على الأب شيء لأنه أخذ من مال ابنته العا فلا يجوز الرجوع عليه به وهذا فيما إذا كان قبضها الاثنين ، فان طلقها قبل قبضها سقط عن الزوج الف وبقي عليه الف للزوجة بأخذ الأب منها ماشاء ، وقال القاضي يكون بينهما نصفين ، وقال نقله مهنا عن أحمد لأنه شرط لنفسه النصف ولم يحصل من الصداق إلا النصف ، وليس هذا القول على سبيل الإيجاب فان للأب أن يأخذ ماشاء ويترك ماشاء وإذا ملك الأخذ من غير شرط فكذلك إذا شرط

(فصل) فان شرط لنفسه جميع الصداق ثم طلق قبل الدخول يمد تسليم الصداق إليه رجع في نصف ما أعطى الأب لأنه الذي فرضه لها فيرجع في نصفه لقوله تعالى (فنصف ما فرضتم) ويحتمل أن يرجع عليها بنصفه ويكون ما أخذ الأب له لأنها قدرنا أن الجميع صار لها ثم أخذ الأب منها فنصير

فقياس المذهب أنه لا ضمان عليها لأنه حصل في بدنها بغير فعلها ولا عدوان من جهتها فلم تضمنه كالوديعة
ان اختلفا في مطالبته لها فالقول قولها لأنها منكورة وان ادعى أن التلب أو النقص كان قبل
الطلاق وقالت بعده فالقول أيضا قولها لأنه يدعي ما يوجب الضمان عليها وهي تنسكه والقول
قول المنكر ، وظاهر قول أصحاب الشافعي أن على المرأة الضمان لما تلف أو نقص في بدنها بعد الطلاق
لأنه حصل في بدنها بحكم قطع العقد فأشبهه المبيع إذا ارتفع العقد بالفسخ

ولما ما ذكرناه ، وأما المبيع فيحتمل أن ينعم وإن سلمنا فإن الفسخ ان كان من ماله أو من المشتري
فقد حصل منه التسبب إلى جعل ملك غيره في يده ، وفي مسئلتنا ليس من المرأة فعل وإنما حصل ذلك
بفعل الزوج وحده فأشبهه ما لو أنفى ثوبه في دارها بغير أمرها

(فصل) ولو خالعت امرأته بعد الدخول ثم تزوجها في عدتها وطلقتها قبل دخوله بها فلها في النكاح
الثاني نصف الصداق أو المسمى فيه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لها جميعه لأن حكم الوطء موجود
فيه بدليل أنها لو أتت بولد لزمه

ولنا قول الله سبحانه (وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف
ما فرضتم) ولأنه طلاق من نكاح لم يمسه فيه فوجب أن ينصف به المهر كما لو تزوجها بعد العدة وما
ذكره غير صحيح فإن لحوق النسب لا يقف على الوطء عنده ولا يقر بمقامه فاما ان كان لم يدخل بها في
النكاح لأول أيضا فعليه نصف الصداق الاول ونصف الصداق الثاني بغير خلاف

كانها قبضته ثم أخذه منها ، وهكذا لو أصدقها ألفا والفا لا يبيها ثم ارتدت قبل الدخول فهل يرجع في
الألف الذي قبضه الأب عليه أو عليها ؟ على وجهين
(مسألة) (وان فعل ذلك غير الأب فالكل لها دونه)

إذا شرط ذلك غير الأب من الأولياء كالجد والاخت فالشرط باطل نص عليه أحمد وجميع المسمى
لها ذكره أبو حنيفة وهو قول من سمينا في أول المسئلة ، وقال الشافعي يجب مهر المثل وهكذا ذكر
القاضي في المجرد لأن الشرط اذا بطل احتجنا أن نرد إلى الصداق ما نقصت الزوجة لأجله ولا نعرف
قدره فيصير الكل محجولا فيفسد وان أصدقها الفين على أن تعطى أختها ألفا فالصداق صحيح لأنه
شرط لا يزاد في المهر من أجل ولا ينقص منه فلا يؤثر في المهر بخلاف التي قبلها

وانا أن ما اشترطه عوض في تزويجها فيكون صداقا لها كما لو جعله لها وإذا كان صداقا انتفت
الجهالة وهكذا لو كان الأب هو المشترط لكان الجميع صداقا وإنما هو أخذ من مال ابنته لأن له ذلك ،
ويشترط أن لا يكون مجعفا بمال ابنته فإن كان مجعفا بماله لم يصح الشرط وكان الجميع لها كما لو
اشترطه سائر الأولياء ذكره القاضي في المجرد

(مسألة) (والأب تزويج ابنته البكر بدون صداق مثلهما وان كرهت)

(الحكم الثالث) أن الصداق اذا زاد بعد العقد لم يخل من أن تكون الزيادة غير متميزة كعبد يكبر أو يتعلم صناعة أو يسمن أو متميزة كالولد والسكب والثمرة فان كانت متميزة أخذت الزيادة ورجع بنصف الاصل ، وان كانت غير متميزة فالخبرة اليها إن شئت دفعت اليه نصف قيمته يوم العقد لان الزيادة لها لا يلزمها بدلها ولا يمكنها دفع الاصل بدونها فصرنا إلى نصف القيمة ، وان شئت دفعت اليه نصفاً زائداً فيلزمه قبوله لاتهاما دفعت اليه حقه وزيادة لا تضر ولا تنجز فان كان محجوراً عليها لم يكن لها الرجوع الا في نصف القيمة لان الزيادة لها ولا يجوز لها ولا لوليها التبرع بشيء لا يجب عليها وان نقص الصداق بعد العقد فهو من ضمانها ولا يخلو أيضاً من أن يكون النقص متميزاً أو غير متميز فان كان متميزاً كعبدين تلف أحدهما فانه يرجع بنصف الباقي ونصف قيمة التالف أو مثل نصف التالف إن كان من ذرات لامثال ، وان لم يكن متميزاً كعبد كان شاباً فصار شيخاً فنقصت قيمته أو نسي ما كان يحسن من صناعة أو كتابة أو هزل فالحيار إلى الزوج . ان شاء رجع بنصف قيمته وقت ما أصدقها لان ضمان النقص عليها فلا يلزمه أخذ نصفه لانه دون حقه ، وان شاء رجع بنصفه ناقصاً فتجبر المرأة على ذلك لانه رضي أن يأخذ حقه ناقصاً ، وان اختار أن يأخذ أرض النقص مع هذا لم يكن له هذا في ظاهر كلام الحرق وهو قول أكثر الفقهاء ، وقال القاضي القياس أن له ذلك كالبيع يمكنه ويطالب بالارش وبما ذكرناه كله قاله ابو حنيفة والشافعي ، وقال محمد بن الحسن الزيادة غير المتميزة تابعة للعين فله الرجوع فيها لانها تتبع في الفسوخ فأشبهت زيادة السوق

وجملة ذلك ان اللاب تزوج ابنته بدين صداق مثلها بكذا كانت أو ثيباً صغيرة أو كبيرة وبه قال ابو حنيفة ومالك ، وقال الشافعي ليس له ذلك فان فعل فلها مهر مثلها لانه عقد معاوضة لم يجز أن ينتص فيه عن قيمة الموضع كالبيع ولانه تفريط في مالها وليس له ذلك ولما أن عمر رضي الله عنه خطب الناس فقال ألا لانقلوا في صداق النساء فما أصدق رسول الله ﷺ أحداً من نسائه ولا أحداً من بناته أكثر من اثنتي عشرة أوقية ، وكان ذلك بحضور من الصحابة ولم ينكروه فسكن اتفاقهم على أن له أن يزوج بذلك وان كان دين صداق مثل ، وزوج سعيد بن المسيب ابنته بدرهمين وهو من أشرف قريش شرفاً وعلماً وديناراً ومن المعلوم انه لم يكن مهر مثلها ، ولانه ليس المقصود من النكاح العوض وإنما المقصود السكن والازواج ووضع المرأة في منصب عند من يكفلها ويصونها ويحسن عشرتها ، والظاهر من اللاب مع تمام شفقتة وبلوغ نظره انه لا ينتصها من صداقها الا لتحصيل المعاني المقصودة بالنكاح فلا ينبغي أن يمنهم من تحصيل المقصود بتفويت غيره ، ويشارك سائر عقود المعاوضات فان المقصود فيها العوض فلم يجز تفويته

(مسئلة) (وان فعل ذلك غيره باذنها صح)

ولم يكن أخيره الاعتراض اذا كانت رشيدة لان الحق لها وقد أسقطته فأشبهه بالو أذنت في بيع

ولما أنها زبادة حدثت في مالها فلم تنصف بالطلاق كالمميزة ، وأما زيادة السوق فليست ملكة وفارق نماء المبيع لأن سبب الفسخ العيب وهو ساق على الزبادة وسبب تنصيف المهر الطلاق وهو حادث بعدها ولأن الزوج يثبت حقه في نصف المفروض دون العين ولهذا لو وجدها ناقصة كان له الرجوع إلى نصف مثلها أو قيمتها بخلاف المبيع المعيب والمفروض لم يكن سميئاً لم يكن له أخذه والمبيع تعلق حقه بعينه فتبعه ثمنه فأما إن نقص الصداق من وجه وزاد من وجه مثل أن يتلم صنعة ويبنى أخرى أو هزل وتعلم ثبت الخيار لسكل واحد منها وكان له الامتناع من العين والرجوع إلى القيمة فإن امتنع على نصف العين جازوان امتنعت المرأة من بذل نصفها فلها ذلك لأجل الزبادة وإن امتنع هو من الرجوع في نصفها فله ذلك لأجل النقص ، وإذا امتنع أحدهما رجع في نصف قيمتها

(فصل) فإن كانت العين نالفة وهي من ذوات الامثال رجع في نصف مثلها ولا رجع في نصف قيمتها أقل ما كانت من حين العقد إلى حين القبض أو إلى حين التمكن منه على ما ذكرنا من الاختلاف لأن العين إن زادت فليزاد لها تختص بها ، وإن نقصت قبل ذلك فليقتصر من ضمانه ، وإن طلقها قبل قبض الصداق وقبل الدخول وقد زادت زيادة منفصلة فهي لها تنفرد بها وتأخذ نصف الاصل ، وإن كانت الزيادة متصلة فلها الخيار بين أن تأخذ النصف ويقتري له النصف وبين أن تأخذ السكل وتدفع إليه قيمة النصف غير زائد ، وإن كان ناقصاً فلها الخيار بين أخذه ناقصاً وبين مطالبته بنصف قيمته غير ناقص

ساعة لها بدون ثمن مثلها ، وإن فعله بغير إذنها وجب مهر المثل لأنه قيمة بضعها وليس للولي نقصها منه فوجب مهر المثل والنكاح صحيح لأن فساد التسمية وعدمها لا يؤثر في النكاح (فصل) وتأم المهر على الزوج لأن التسمية فاسدة هيأ الكونها غير مأذون فيها شرعاً فوجب على الزوج مهر المثل كما لو زوجها المحرم وعلى الولي ضمانه لأنه المفترض فكان عليه الضمان كما لو باع مالها بدون ثمن مثله ، قال أحمد أخف أن يكون ضامناً وليس الأب مثل الولي ، ويحتمل أن لا يلزم الزوج إلا المسمى والباقي على الولي كالأوكيل في البيع

(مسألة) (وإن زوج ابنه الصغير بأكثر من مهر المثل صح ولزم ذمة الابن) وفيه اختلاف ذكرناه فيما مضى لأن العوض له فكيان المعوض عليه كالكبير وكشمن المبيع (مسألة) (فإن كان معسراً فهل يضمنه الأب ؟ يحتمل وجهين)

ذكر شيخنا في كتاب المغني فيه روايتين مطلقاً (إحداهما) يضمنه نص عليه أحمد فقال تزويج الأب لابنه الطفل جائز ويضمن الأب المهر لأنه التزم العوض عنه فضمنه كما لو نطق بالضمان والآخرى لا يضمنه لأنه عقد معاوضة ناب عنه عن غيره فلم يضمن عوضه كشمن مبيعه وكأوكيل قال القاضي وهذا أصح . قل القاضي إنما الروايتان فيما إذا كان الابن معسراً . أما الأومر فلا يضمنه الأب رواية

(فصل) اذا أصدقها نخلا حائلا فأطاعت ثم طلقها قبل الدخول فله نصف قيمتها وقت ما أصدقها وليس له الرجوع في نصفها لأنها زائدة زيادة متصلة فأشبهت الجارية إذا سمعت وسواء كان الطلم مؤبراً أو غير مؤبر لأنه متصل بالاصل ولا يجب فصله عنه في هذه الحال فأشبهه السمن وتعلم الصناعة ، فإن بذات له المرأة الرجوع فيها مع طلوعها أجبر على ذلك لأنها زيادة متصلة ولا يجب فصلها ، وإن قال اقطعي ثم تركت حتى أرجع في نصف الاصل لم يلزمها لأن عرف هذه الثمرة أنها لا تؤخذ الا بالجذاذ بدليل البيع ولأن حق الزوج انتقل الى القيمة فلم يعد إلى العين الا برضاها ، فإن قالت المرأة أترك الرجوع حتى أجد ثمرتي وترجع في نصف الاصل أو أرجع في الاصل وأهلي حتى أقطع الثمرة أو قال الزوج أنا أصبر حتى اذا جذدت ثم تركت رجعت في الاصل أو قال أنا أرجع في الاصل وأصبر حتى تجذي ثم تركت لم يلزم واحداً منها قبول قول الآخر لأن الحق انتقل الى القيمة فلم يعد الى العين إلا برضاها ويحتمل أن يلزمها قبول ما عرض عليها لأن الضرر عليه فأشبهه ما لو بذات له نصفها مع طلوعها وكما لو وجد العين ناقصة فرضي بها ، وإن تراضيا على شيء من ذلك جاز والحكم في سائر الشجر كالحكم في النخل واخراج النور في الشجر بمنزلة الطلم الذي لم يؤبر ، وإن كانت أرضاً فخرتها فذلك زيادة محضة ان بذلتها له بزيادتها الزمه قبولها كزيادات المتصلة كلها ، وإن لم تبذلها دفعت نصف قيمتها وإن زرعتها فحكمها حكم

واحدة ، فإن طلق قبل الدخول سقط نصف الصداق فإن كان ذلك بعد دفع الاب الصداق عنه رجع نصفه إلى الابن وليس للاب الرجوع فيه بمعنى الرجوع في الهبة لأن الابن مملوك بالطلاق عن غير أبيه فأشبهه ما لو وهبه الاب أجنبياً ثم وهبه الاجنبي الابن ، ويحتمل أن يرجع فيه لأنه تبرع عن أبيه فلم يستقر الملك حتى استرجعه الابن وكذلك الحكم فيما لو قضى الصداق عن ابنه الكبير ثم طلق قبل الدخول فالحكم في الرجوع في جميعه كالحكم في الرجوع في نصفه بالطلاق

(مسألة) (والاب قبض صداق ابنته الصغيرة بغير إذنها)

لأنه يلي مالها فكان له قبضه كمن مبيعها ، ولا يقبض صداق الثيب الكبيرة الا بإذنها اذا كانت رشيدة لأنها المتصرف في مالها فاعتبر إذنها في قبضه كمن مبيعها وفي البكر البانعة العاقلة روايتان (أحدهما) أنه لا يقبضه الا بإذنها اذا كانت رشيدة كالثيب (والثانية) له قبضه بغير إذنها لأنه العادة ولأنه يملك إجبارها على النكاح أشبهت الصغيرة وهو قول أبي حنيفة

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه : وإن تزوج العبد باذن سيده على صداق مسمى صح بغير خلاف نعمه والمهر على سيده وكذلك النفقة ضمنها أو لم يضمها وسواء كان مأذوناً له في التجارة أو محجوراً عليه نص عليه احمد وعنه ما يدل على أن ذلك يتعلق بكسبه فإنه قال نفقته من ضريته ، وقال إن كانت نفقته بقدر ضريته أنفق عليها ولا يعطى الولي وإن لم يكن عنده ما ينفق فرق بينهما وهذا

النخل إذا أطلع إلا في موضع واحد وهو أنها إذا بذلت نصف الأرض مع نصف الزرع لم يلزمه قبوله بخلاف الطالع مع النخل والفرق بينهما من وجهين :

(أحدهما) أن الثمرة لا ينقص بها الشجر والأرض تنقص بالزرع وتضعف

(الثاني) أن الثمرة متولدة من النخل فهي تابعة له والزرع ملكها أودعته في الأرض فلا يجبر على قبوله ، وقال القاضي يجبر على قبوله كالطالع سواء وقد ذكرنا ما يقتضي الفرق ومسائل الفراس كمسائل

الزرع فإن طالعها بعد الحصاد ولم تكن الأرض زادت ولا نقصت رجع في نصفها ، وإن نقصت بالزرع أو زادت به رجع في نصف قيمتها إلا أن يرضى بأخذها ناقصة أو ترضى هي ببذلها زائدة

(فصل) وإذا أصدقها خشباً فشقته أبرأها فزادت قيمته لم يكن له الرجوع في نصفه لزادته ولا

يلزمه قبول نصفه لأنه نقص من وجه فإنه لم يبق مستعداً لما كان يصلح له من التسقيف وغيره ، وإن

أصدقها ذهباً أو فضة فصاغته حلياً فزادت قيمته فلها منعه من نصفه ، وإن بذلت له النصف لزمه القبول

لأن الذهب لا ينقص بالصياغة ولا يخرج عن كونه مستعداً لما كان يصلح له قبل صياغته ، وإن

أصدقها دنانير أو دراهم أو حلياً فكسرتة ثم صاغته على غير ما كان عليه لم يلزمه قبول نصفه لأن نقص

قول الشافعي لأنه لا يخلو إما أن يتعلق برقبة العبد أو بذمته أو كسبه أو ذمة السيد لا جائز أن يتعلق

بذمة العبد يتبع به بعد العتق لا يمتحق العوض في الحال معجلاً فلا يجوز تأخير العوض ولا جائز أن

يتعلق برقبته لأنه وجب برضاه سيده أشبه ما لو اقترض برضائه ولا جائز أن يتعلق بذمة السيد لأنه

إنما يتعلق بذمته ما ضمنه عن عبده ولم يضمن عنه المهر والنفقة ثبت تعلقه بكسبه ضرورة ، وفائدة

الخلافاً أن من لزم السيد المهر والنفقة أوجبها عليه وإن لم يكن للعبد كسب وليس للسيد الفسخ

لعدم كسب العبد وللسيد استخدامه ومنعه الاكتساب ، ومن علقه بكسبه للمرأة الفسخ إذا لم يكن له

كسب وليس لسيدة منعه من التكسب

ولما أنه حق تعلق بالعتق برضاه سيده فتعلق بسيده وجاز بيعه فيه كما لو أهرنه بدين ، فعلى هذا

أو باعه سيده أو أعتقه لم يسقط المهر عن السيد نص عليه لأنه حق تعلق بذمته فلم يسقط ببيعه وعتقه

كإش جنايته فأما النفقة فلها تجدد فتكون في الزمن المستقبل على المشتري وعلى العبد إذا عتق

﴿مسألة﴾ (وان تزوج بغير إذن سيده لم يصح النكاح)

أجمع العلماء على أن العبد ليس له أن ينكح بغير إذن السيد فإن فعل لم ينفذ نكاحه في قول

الجميع قال ابن المنذر أجمعوا على أن نكاحه باطل قال شيخنا النصاب ما قلنا إن شاء الله تعالى فأنهم

اختلفوا في صحته فعن أحمد في ذلك روايتان (أظهرهما) أنه باطل وهو قول عثمان وابن عمر رضي الله

عنهما وبه قال شريح وهو قول الشافعي ، وعن أحمد أنه موقوف على إجازة السيد فإن إجازته والباطل

وهو قول أصحاب الرأي لأنه عقد يقف على الفسخ فوقف على الإجازة كالوصية

في يدها ولا يلزمها بدل نصفه لزيادة الصناعة التي أحدثتها فيه ، وإن عادت الدنانير والدرام الى ما كانت عليه فله الرجوع في نصفها وليس له طالب قيمتها لانها عادت الى ما كانت عليه من غير نقص ولا زيادة فأشبهه مالو أصدقها عبداً ففرض ثم برى ، وإن صاغت الحلي على ما كان عليه ففيه وجهان (أحدهما) له الرجوع كالدرهم اذا أعيدت (والثاني) ليس له الرجوع في نصفه لانها جددت فيه صناعة فأشبهه مالو صاغته على صفة أخرى ، ولو أصدقها جارية فهزات ثم سميت فعادت الى حالتها الاولى فهل يرجع في نصفها ؟ على وجهين

(فصل) وحكم الصداق حكم البيع في ان ما كان مكيلا أو موزونا لا يجز لها التصرف فيه قبل قبضه وما عداه لا يحتاج الى قبض ولها التصرف فيه قبل قبضه ، وقال القاضي وأصحابه ما كان متعينا فلها التصرف فيه ومالم يكن متعينا كالقنز من صبرة والطل من زيت من دن لآنك التصرف فيه حتى تقبضه كالبيع ، وقد ذكرنا في المبيع رواية أخرى أنها لا تملك التصرف في شيء منه قبل قبضه وهذا مذهب الشافعي وهذا أصل ذكر في البيع ، وذكر القاضي في موضع آخر أن مالم ينتقض العقد بهلاكه كالمهر وعروض الخلع يجوز التصرف فيه قبل قبضه لانه بذل لا يفسخ السبب الذي ملك به بهلاكه فجاز التصرف فيه قبل قبضه كالوصية والميراث وقد نص أحمد على حبة المرأة زوجها صداقها قبل قبضها وهو نوع تصرف فيه وقياس المذهب أن ما جاز لها التصرف فيه فهو من ضمانها ان تلف أو نقص ومالا تصرف لها فيه فهو

ولنا ما روى جابر قال قال رسول الله ﷺ « ايما عبد تزوج بغير اذن مواليه فهو عاهر » رواه الاثرم والترمذي وقال حسن وأبو داود وابن ماجه وروى الحلال باسناده عن موسى بن عقبة عن نافع عن ابن عمر قال قال رسول الله ﷺ « ايما عبد تزوج بغير اذن مواليه فهو زان قال أحمد ذكرت هذا الحديث لابي عبد الله فقال هذا حديث منكر رواه أبو داود وابن ماجه عن ابن عمر موقوفا من قوله ولانه عقد فقد شرطه فلم يصح كما لو تزوجها بغير شهود

مسئلة (فان فارقتها قبل الدخول فلا شيء عليه) لانه عقد باطل فلا يوجب بمجرده شيئا كالبيع الباطل وهكذا سائر الانكحة الفاسدة لا توجب بمجردها شيئا فان أصابها وجب لها المهر في الصحيح من المذهب رواه عن أحمد جماعة وروى عنه حنبل انه لا مهر لها اذا تزوج العبد بغير اذن سيده وهذا يمكن حمله على ما قبل الدخول فيكون موافقا لرواية الجماعة ويمكن حمله على عمومته في عدم الصداق وهو قول ابن عمر ورواه الاثرم عن نافع قال كان اذا تزوج بملوك لابن عمر جلده الحد وقال للمرأة انك أبحت فرجك وأبطل صداقها ووجهه انه وطئ امرأة مطاوعة في غير نكاح صحيح فلم يجب به مهر كالمطاوعة على الزنا قال القاضي هذا اذا كانت عالين بالنكاح فلما ان جهات المرأة ذلك فلها المهر لانه لا ينقص عن وطء الشبهة ويمكن حمل هذه الرواية على انه لا مهر لها في الحال بل يجب في ذمة العبد يتعلق به بعد العتيق وهو قول الشافعي الجديد

من ضمان الزوج وان منعها الزوج قبضه أو لم يمكنها منه فهو من ضمانه على كل حال لان يده عادية فضمنه كالفاسد وقد نقل مهنا عن أحمد في رجل تزوج امرأة على هذا الغلام فقضت عينه فقال ان كانت قبضته فهو لها وان لم تكن قبضته فهو على الزوج فظاهر هذا أنه جعله قبل قبضه من ضمان الزوج بكل حال وهو مذهب الشافعي وكل موضع قلنا هو من ضمان الزوج قبل القبض إذا تلف قبل قبضه لم يبطل الصداق بتلفه ويضمنه بمثله ان كان مثاليا وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي في القديم وقال في الجديد يرجع إلى مهر المثل لان تلف العوض يوجب الرجوع في المعوض فاذا تعذر رده رجع إلى قيمته كالمبيع ومهر المثل هو القيمة فوجب الرجوع إليه

ولنا أن كل عين يجب تسليمها مع وجودها إذا تلفت مع بقاء سبب استحقاقها فالواجب بدلها كالمعصوب والقرض والعارية وفارق المبيع إذا تلف فان البيع انفسخ وزال سبب الاستحقاق اذا ثبت هذا فان التألف في يد الزوج لا يخلو من أربعة أحوال

(أحدها) أن يتلف بفعالها فيكون ذلك قبضا منها ويسقط عن الزوج ضمانه (الثاني) تلف بفعل الزوج فهو من ضمانه على كل حال ويضمنه لها بما ذكرناه (الثالث) أتلفه أجنبي فلها الخيار بين الرجوع على الأجنبي بضمانه وبين الرجوع على الزوج ويرجع الزوج على المتلف (الرابع) تلف بفعل الله تعالى فهو على ما ذكرناه من التفصيل في صدر المسئلة

لان هذا حق لزوم رضاء من له حق فكان محله الذمة كالدين والصحيح ان المهر واجب لقوله عليه الصلاة والسلام « ايا امرأة نكحت نفسها بغير اذن وليها فذكاحها باطل فان اصابها فلها المهر بما استحلت من فرجها » وهذا قد استحلت فرجها فيكون مهرها عليه لانه استوفى منافع البضع باسم النكاح فكان المهر واجبا كسائر الانكحة الفاسدة

(فصل) ويتعلق المهر برقبته يباع فيه الا ان يفديه السيد ويحتمل ان يتعلق بذمة العبد وقد ذكرناه وهذا أظهر لان الوطء اجري مجرى الجنابة الموجبة للضمان بغير اذن المولى ولذلك وجب المهر ههنا وفي سائر الانكحة الفاسدة ولو لم تجر مجراها ما وجب شيء لانه برضي المستحق

(فصل) والواجب مهر المثل وهو قول أكثر الفقهاء لانه وطء يوجب المهر فوجب مهر المثل بكماله كالنكاح بلاولي وسائر الانكحة الفاسدة وعنه يجب خمسا المسمى اختارها الخرقى وعنه رواية ثالثة أنها ان علمت انه عبد فلها خمسا المهر وان لم تعلم فلها المهر في رقبة العبد ووجه قول الخرقى ما روى الامام احمد باسناده عن خلاص ان غلاما لابي موسى تزوج بمولاة تيحان اليتيم بغير اذن مولاه فكتب أبو موسى في ذلك الى عثمان بن عفان فكتب اليه ان فرق بينهما وخذ لها الخمسين من صداقها وكان صداقها خمسة أبرة ولان المهر أحد موجبي الوطء فجاز ان ينقص العبد فيه عن الحر كالحد والواجب خمسا المسمى لانه صار فيه الى قصة عثمان^١ وظاهرها انه أوجب خمسي المسمى ولهذا

(فصل) اذا طلق المرأة قبل الدخول وقد تصرف في الصداق بعقد من العقود لم يخل من ثلاثة أقسام (أحدها) ما يزيل الملك عن الرقبة كالبيع والهبة والعقود فهذا يمنع الرجوع وله نصف القيمة لزوال ملكها وانقطاع تصرفها فان عادت العين إليها قبل طلاقها ثم طلقها وهي في يدها بحالها فله الرجوع في نصفها لانه وجدها بعينها فأشبه ما لو لم يخرجها ولا يلزم الوالد اذا وهب لولده شيئاً فخرج عن ملكه ثم عاد إليه حيث لا يملك الرجوع فيه لانتفاء منع ذلك وان سلمناه فان حق الوالد سقط بخروجه عن يد الولد بكل حال بدليل انه لا يطالب ببذله والزواج لم يسقط حقه بالوكالة بل يرجع بنصف قيمته عند عدمه فاذا وجد كان الرجوع في عينه أولى وفي معنى هذه التصرفات الرهن فانه وإن لم يزل الملك عن الرقبة اسكنه يراد للبيع المزيل الملك ولذلك لا يجوز رهن مالا يجوز بيعه ففي الرجوع في العين ابطال لحق المرتهن من الوثيقة فلم يجوز وكذلك الكتابة فانها تراد للعقود المزيل للملك وهي عقد لازم فخرجت مجرى الرهن فان طلق الزوج قبل قباض الهبة أو الرهن أو في مدة الخيار في البيع ففيه وجهان .

(أحدهما) لا تجبر على رد نصفه إليه لانه عقد عقده في ملكها فلم يملك إبطاله كاللازم ولان ملكها قد زال فلم يملك الرجوع في ما ليس بمملوك لها (والثاني) تجبر على تسليم نصفه لانه قادرة على ذلك ولا زيادة فيها ولا شافعي قولان كهذين الوجهين فأما ان طلقها بعد قبض الهبة والرهن ولزوم

قال كان صداقها خمسة ابرة ولانه لو اعتبر مهر المثل أوجب جميعه كسائر قيم المتلفات والاوجبت القيمة وهي الاثمان دون الابرة ويحتمل ان يجب خمسا مهر المثل لانه عوض عن جنابة فكان المرجع فيه الى قيمة الحل كسائر أروش الجنائيات وقيمة الحل مهر المثل

(فصل) فان كان الواجب زائداً على قيمة العبد لم تلزم السيد الزيادة لان الواجب عليه ما يقابل قيمة العبد بدليل انه لو سلم العبد لم يلزمه شيء فاذا اعطى القيمة فقد اعطى ما يقابل الرقبة فلم تلزمه زيادة عليه وان كان الواجب أقل من قيمة العبد لم يلزمه أكثر من ذلك لانه أرش الجنابة فلا يجب عليه أكثر منها والخيرة في تسليم العبد وفدائه الى السيد وقد ذكرنا ذلك في غير هذا الموضع

(فصل) وان اذن السيد لعبد في التزويج بمعينة أو من بلد معين أو من جنس معين فنكح غير ذلك فنكاحه فاسد والحكم فيه كما ذكرنا وان اذن له في تزويج صحيح فنكح نكاحاً فاسداً فكذلك لانه غير مأذون له فيه وان اذن له في النكاح وأطلق فنكح نكاحاً فاسداً احتمل ان يكون كذلك لان الاذن في النكاح لا يتناول الفاسد واحتمل ان يتناوله اذنه لان اللفظ باطلاقة يتناوله وان اذن له في نكاح فاسد وحصلت الاصابة فالمر على سيده لانه باذنه والله أعلم

(مسئلة) (وان زوج السيد عبده امته لم يجب مهر ذكره أبو بكر والقاضي)

البيع فلم يأخذ قيمة النصف حتى فسخ البيع والرهن والهبة لم يكن له الرجوع في نصفه لأن حقه ثبت في القيمة (اثنائي) تصرف غير لازم لا ينقل الملك كالوصية والشركة والمضاربة فهذا لا يبطل حق الرجوع في نصفه ويكون وجود هذا التصرف كعدمه لأنه تصرف لم ينقل الملك ولم يمنع المالك من التصرف فلا يمنع من له الرجوع على المالك من الرجوع كالإيداع والعداية فأما إن دبرته فظاهر المذهب أنه لا يمنع الرجوع لأنه وصية أو تعليق نصفه وكلاهما لا يمنع الرجوع ولأنه لا يمنع البيع فلم يمنع الرجوع كالوصية ولا يجبر الزوج على الرجوع في نصفه بل بخير بين ذلك وبين أخذ نصف قيمته لأن شركة من نصفه مدرقة ولا يؤمن أن يرفع إلى حاكم حنفي فيحكم بعقده وإن كانت أمة فدبرتها خرج على الروايتين أن قلنا تباع في الدين فهي كالعبد، وإن قلنا لا تباع لم يجبر الزوج على الرجوع في نصفها، وإن كانت الأمة أرا عبد لم يجبر الزوج على الرجوع في العبد لأنه قص، وإن اختار الرجوع وقلنا الكتابة تمنع البيع منعت الرجوع وإن قلنا لا تمنع البيع احتمل أن لا تمنع الرجوع كالتدبير، واحتمل أن تمنعه لأن الكتابة عقد لازم براد لازالة الملك فمنعت الرجوع كالرهن الثالث) تصرف لازم لا يراد لازالة الملك كالأجارة والنزوح فهذا نقص فيستخير بين أن يرجع في نصفه ناقصاً لأنه رضي بحقه ناقصاً وبين الرجوع في نصف قيمته فإن رجع في نصف المستأجر صبر حتى تمسح الأجارة فإن قبل فقد قلتم في الطام الحادث في النخل إذا قال

لا يجب للسيد على عبده مال وقيل يجب الصداق على السيد ثم يسقط قاله أبو الخطاب قال يجب المسمى أو مهر المثل إن لم يكن مسمى كيلا يخلو النكاح عن مهر ثم يسقط لتعذر اثباته وقال أبو عبد الله إذا زوج عبده من أخته فأحب أن يكون بمهر وشهود، قيل فإن طلقها؟ قال يكون الصداق عليه إذا أعتق قيل فإن زوجها منه بغير مهر؟ قال قد اختلفوا فيه فذهب جابر إلى أنه جائز لأن النكاح لا يخلو من مهر ولا يثبت للسيد على عبده مال فسقط

(مسئلة) (وإن زوج عبده حرة ثم باعها أياه بشمن في الذمة تحول صداقها أو نصفه إن كان قبل الدخول إلى أتمه)

إذا اشترت الحرة زوجها أو ملكته انفسخ النكاح لأن ملك النكاح واليمين يتنافيان لاستحالة كون الشخص مالاً كما لا يمكن ولأن المرأة تقول اتفق علي لاني امرأتك وأنا اسافر بك لأنك عبدي ويقول هو اتفقي علي لاني عبدك وأنا اسافر بك لأنك امرأتي فيتنافا ذلك فثبت اقواها وهو ملك اليمين وينفسخ النكاح لأنه أضعفها ولها على سيده المهر إن كان بعد الدخول وعليها لئمن فإن كانا دينين من جنس تفاضا وتساقطا إن كانا متساويين وإن تفاضلا سقط الاقل منهما بمثله وبقي الفاضل وإن اختلف جنسهما لم يتساقطا وعلى كل واحد منهما تسليم ما عليه إلى صاحبه وقال الشافعي في أحد قوليه يسقط مهرها لأنه دين في ذمة العبد فإذا ملكته لم يحز أن يثبت لها دين في ذمة عبدها كما لو اتلف

أنا أصبر حتى تنتهي الثمرة لم يكن له ذلك قلنا الفرق بينهما أن في تلك المسئلة تكون المنة له فلا يلزمها قبول منته بخلاف مسألتنا ولأن ذلك يؤدي إلى التنازع في سقي الثمرة ووقت جذاؤها وقطاعها الخوف العطش أو غيره بخلاف مسألتنا

(فصل) فإن أصدقها شفعها فهل للشفيع أخذه ؟ على وجهين فإن قلنا له أخذه فأخذه ثم طلق الزوج رجع في نصف قيمته لأنه قد زال ملكها عنه ، وإن طلقها قبل أخذه بالشفعة وطالب الشفيع ففيه وجهان (أحدهما) يقدم الشفيع لأن حقه أسبق نأه ثبت بالنكاح وحق الزوج ثبت بالطلاق ولأن الزوج رجع إلى بدله وهو نصف القيمة وحق الشفيع إذا بطل بطل بغير بدل (والثاني) يقدم الزوج لأن حقه أكد فإنه ثبت بنص القرآن والاجماع وحق الشفعة مجتهد فيه غير مجمع عليه فملى هذا يكون للشفيع أخذ النصف الباقي بنصف ما كان بأخذ به الجميع

﴿ مسألة ﴾ قال (وإذا اختلفا في الصداق بعد العقد في قدره ولا يئنه على مبالغه فالقول قولها ما ادعت مهر مثلها)

وجهة ذلك أن الزوجين إذا اختلفا في قدر المهر ولا يئنه على مبالغه فالقول قول من يدعي مهر

لها مالا وهذا بناء منهم على أن المهر يتعلق بذمة العبد وقد بينا أنه يتعلق بذمة سيده فلا يؤثر ملك العبد في إسقاطه وذكر القاضي وجهها أنه يسقط لأن ثبوت الدين في ذمة السيد تبع لثبوتها في ذمة العبد فإذا سقط من ذمة العبد سقط من ذمة السيد تبعاً كالدين الذي على الضامن إذا سقط من ذمة المضمون عنه ولا يعرف هذا في المذهب ولأنه ثبت في الذمتين جميعاً أحدهما تبع للآخرى بل المذهب أنه لا يسقط بعد الدخول بحال فأما أن كان الشراء قبل الدخول سقط نصفه كما لو طلقها قبل الدخول بها وفي سقوط باقيه وجهان (أحدهما) لا يسقط لأن زوال الملك إنما هو بفعل البائع فالفسخ إذا من جهته فلم يسقط جميع المهر (والثاني) يسقط لأن الفسخ إنما تم بشراء المرأة فأشبهه الفسخ بالعيب في أحدهما وفسخها لا يسارها وشراء الرجل امرأته فإن قلنا لا يسقط جميعه فالحكم في النصف الباقي كالحكم في جميعه إذا فسخ النكاح بعد الدخول على ما ذكرنا

(فصل) فإن باعها إياه بالصداق صح نص عليه وذكره أبو بكر والقاضي ويرجم عليها بنصفه أن قلنا يسقط نصفه أو بجميعه أن قلنا يسقط جميعه ويحتمل أن لا يصح قبل الدخول لكون انقضاء النكاح جاء من قبلها فيبقي الشراء بغير عوض فلا يصح وهو قول أصحاب الشافعي لأن ثبوت البيع يقتضي نفيه فإن صحة البيع تقتضي فسخ النكاح وسقوط المهر يقتضي بطلان البيع لأنه عوض ولا يصح بغير عوض ووجه الأول أنه يجوز أن يكون ثمنها لغير هذا العبد فجاز أن يكون ثمنها له كغيره من الديون وما سقط منه رجع عليها به

المثل منها فان ادعت المرأة مهر مثلها أو أقل فالقول قولها ، وان ادعى الزوج مهر المثل أو أكثر فالقول قوله وبهذا قال ابو حنيفة وعن الحسن والنخعي وحماد بن أبي سليمان وأبي عبيد نحوه ، وعن احمد رواية أخرى أن القول قول الزوج بكل حال وهذا قول الشعبي وابن أبي ليلى وابن شبرمة وأبي ثور وبه قال ابو يوسف الا أن يدعي مستكراً وهو أن يدعي مهر لا يتزوج بمثله في العادة لانه منكر للزيادة ومدعى عليه فيدخل تحت قوله عليه السلام « ولكن اليمين على المدعى عليه » وقال الشافعي يتحالفان فان حلف أحدهما ونكل الآخر ثبت ما قاله ، وان حلفا وجب مهر المثل وبه قال الثوري لانها اختلاف في العوض المستحق في العقد ولا يثبت فيه قياسا على المتبايعين إذا اختلفا في الثمن وقال مالك ان كان الاختلاف قبل الدخول تحالفا وفسخ النكاح ، وإن كان بعده فالقول قول الزوج وبناء على أصله في البيع فانه يفرق في التخالف بين ما قبل القبض وبعده ولانها إذا أسلمت نفسها بغير إيجاب فقد رضيت بأمانته

ولنا أن الظاهر قول من يدعي مهر المثل فكل القول قوله قياسا على المنكر في سائر الدعاوى وعلى المودع اذا ادعى التلف أو الرد ولانه عقد لا يفسخ بالتخالف فلا يشرع فيه كالعفو عن دم العمد ولان القول بالتخالف يفضي إلى إيجاب أكثر مما يدعيه أو أقل مما يقرها به فانها إذا كان مهر مثلها مائة فادعت ثمانين وقال بل هو خمسون أو جب لها عشرين يتفقان على أنها غير واجبة ، ولو ادعت مائتين

(فصل) قال رضي الله عنه وتملك المرأة الصداق المسمى بالعقد

هذا قول عامة أهل العلم وحكي عن مالك انها لا تملك الا نصفه وعن أحمد ما يدل على ذلك وقال ابن عبد البر هذا موضع اختلاف فيه السلف والآثار ، وأما الفقهاء اليوم فعلى انها تملكه وقول النبي ﷺ « ان أعطيتها ازارك جاست ولا لإزار لك » دليل على ان الصداق كله للمرأة لا يبقى للرجل منه شيء ولانه عقد يملك به العوض بالعقد فملك فيه العوض كاملا كالبيع وسقوط نصفه بالطلاق لا يمنع وجوب جميعه بالعقد ألا ترى انها لو ارتدت سقط جميعه وان كانت قد ملكت نصفه

(مسألة) فان كان معينا كالعبد والدار فالتصرف فيه ونماؤه لها وزكاته ونقصه وضمانه عليها سواء قبضته أو لم تقبضه متصلا كان النماء أو منفصلا وملكها زكاته اذا حال عليها الحول نص عليه أحمد وان تلف فهو من ضمانها ، ولو زكته ثم طلقت قبل الدخول كان ضمان الزكاة كلها عليها لانها قد ملكته اشبهه مالو ملكته بالبيع الا ان يمنعها قبضه فيكون ضمانه عليه لانه بمنزلة الغاصب فان زاد فالزيادة لها وان نقص فالنقص عليه ويكون الخيار بين أخذ نصفه ناقصا وبين أخذ نصف قيمته أكثر ما كانت من يوم العقد الى حين القبض لانه إذا زاد بعد العقد فالزيادة لها وان نقص فالنقص عليه الا أن تكون الزيادة لتغير السعر فقد ذكرناه في الغصب وعن أحمد فيمن تزوج على عبد فقضت عينه . ان كانت قد قبضته فهو لها وان لم تقبضه فهو على الزوج هكذا نقله منها فظاهر هذا أنه جعله قبل قبضه من

وقال بل هو مائة وخمسون ومهر مثلها مائة فأوجب مائة لا سقط خمسين يتفقان على وجوبها ولان مهر المثل ان لم يوافق دعوى أحدهما لم يحز بإيجابه لا تنافها على أنه غير ما لوجبه العقد، وإن وافق قول أحدهما فلا حاجة في إيجابه إلى بين من ينفيه لانها لا تؤثر في إيجابه وفارق البيع فانه ينفخ بالتحالف ويرجع كل واحد منهما في ماله وما ادعاه مالك من أنها ستمائة لا يصح فانها لم تجز له أمينها ولو كان أمينها لوجب أن تكون أمانة له حين لم يشهد عليها على أنه لا يلزم من الاختلاف عدم الاشهاد فقد تكون بينهما بينة فتموت أو تغيب أو تنسى الشهادة إذا ثبت هذا، فكل من قلنا القول قوله فهو مم يمينه لانه اختلاف في ما يجوز بذله فتشعر فيه اليمين كسائر الدعاوى في الاموال، وحكي عن القاضي أن اليمين لا تشترع في الاحوال كلها لانها دعوى في النكاح

(فصل) فان ادعى أقل من مهر المثل وادعت هي أكثر منه رد إلى مهر المثل ولم يذكر أصحابنا يميناً والاولى أن يتعاقبا فان ما يقوله كل واحد منهما محتمل للصحة فلا يعدل عنه الا بيمين من صاحبه كالمنكر في سائر الدعاوى ولاهما تساوي في عدم الظهور فيشرع التحالف كما لو اختلف المتبايعان وهذا قول أبي حنيفة والباقون على أصولهم

(فصل) فان قال تزوجتك على هذا العبد فقات بل على هذه الامة وكانت قيمة العبد مهر المثل أو أكثر وقيمة الامة فوق ذلك حلف الزوج ووجب لها قيمة العبد لان قوله يوافق الظاهر ولا تجب

ضمان الزوج بكل حال سواء كان معيناً أو لم يكن كغير المعين وهو مذهب الشافعي.

﴿مسألة﴾ (فان كان غير معين ككفيز من صبرة لم يدخل في ضمانها ولم تملك التصرف فيه الا بقبضه كالبيع)

وجملة ذلك أن حكم الصداق حكم البيع في ان ما كان مكيلاً أو موزوناً لا يجوز لها التصرف فيه قبل قبضه وماعده لا يحتاج الى قبض ولها التصرف فيه قبل قبضه، وقال القاضي وأصحابه ما كان معيناً فلها التصرف فيه وما لم يكن معيناً كفيز من صبرة ورطل من زيت لم تملك التصرف فيه حتى تقبضه كالبيع وقد ذكرنا في المبيع رواية أخرى أنها لا تملك التصرف في شيء من قبل قبضه وهذا مذهب الشافعي وهذا أصل ذكر في البيع وذكر القاضي في موضع آخر ان ما لم ينتقض العقد بهلاكه كالمر وعوض الخلع يجوز التصرف فيه قبل قبضه كالوصية والميراث، وقد نص أحمد على هبة المرأة زوجها صداقها قبل قبضها وهو نوع تصرف وقياس المذهب ان ما جاز لها التصرف فيه فهو من ضمانها ان تلف أو نقص وما لا تصرف لها فيه فهو من ضمان الزوج إلا أن يمنعها من قبضه فيكون من ضمان الزوج بكل حال كالغاصب وقد ذكرنا ما رواه مهنا عن أحمد في العبد إذا فقئت عينه ان ضمانه على الزوج ما لم تكن قبضته وهذا كمذهب الشافعي

عين العبد لئلا يدخل في ملكها ما ينكره وإن كانت قيمة الامة مهر لئلا أو أقل وقيمة العبد أقل من ذلك فالقول قول الزوجة مع يمينها وهل تجب الامة أو قيمتها؟ فيه وجهان

(أحدهما) تجب عين الامة لأننا قبلنا قولها في القدر فكذلك في العين وليس في ذلك ادخال ما ينكره في ملكها

(والثاني) تجب لها قيمتها لأن قولها إنما وافق الظاهر في القدر لافي العين فأوجبنا لها ما وافقت الظاهر فيه ، وإن كن كل واحد منها قدر مهر المثل أو كن العبد أقل من مهر المثل والامة أكثر منه وجب مهر المثل اذا تخالفا وظاهر قول القاضي أن الميمن لا يشرع في هذا كله

﴿مسئلة﴾ قال (وإن أنكر أن يكون لها عليه صداق فالقول أيضاً قولها قبل الدخول وبعده ما ادعت مهر مثلها إلا أن يأتي ببينة تبرئته منه)

وجملة ذلك أن الزوج اذا أنكر صداق امرأته وادعت ذلك عليه فالقول قولها فيما يوافق مهر مثلها سواء ادعى أنه وفي لها أو أبرأته منه أو قال لا يستحق علي شيئاً وسواء كان ذلك قبل الدخول أو بعده ، وبه قال سعيد بن جبير والشعبي وابن شبرمة وابن أبي ليلى والثوري والشافعي وأصحاب الرأي . وحكي عن فقهاء المدينة السبعة أنهم قالوا إن كان بعد الدخول فالقول قول الزوج

(فصل) وكل موضع قلنا هو من ضمان الزوج قبل القبض إذا تلف قبل قبضه لم يبطل الصداق بتلفه ويضمنه بمناله ان كان مثلياً وبقيمته ان لم يكن مثلياً ، وهذا قول أبي حنيفة والشافعي في القديم وقال في الجديد يرجع الى مهر المثل لان تلف العوض يوجب الرجوع الى المعوض فاذا تذرده رجع الى قيمته كالمبيع ومهر المثل هو القيمة فوجب الرجوع اليه

ولنا أن كل عين وجب تسليمها مع وجودها اذا تلفت مع بقاء سبب استحقاقها فالواجب بدؤها كالمقصوب والقرض والعارية وفارق المبيع إذا تلف فان المبيع انفسخ وزال سبب الاستحقاق فاذا ثبت هذا فإن اتلف في يد الزوج لا يخلو من أربعة أحوال (أحدها) أن يتلف بفعالها فيكون ذلك قبضاً منها ويسقط عن الزوج ضمانه (الثاني) تلف بفعل الزوج فهو من ضمانه على كل حال ويضمنه لها بما ذكرناه (الثالث) أن تلفه أجنبي فالحيار بين الرجوع على الأجنبي بضمائه وبين الرجوع على الزوج ويرجع الزوج على الأجنبي (الرابع) تلف بفعل الله تعالى فهو على ما ذكرنا من التفصيل في صدر المسئلة

﴿مسئلة﴾ (فان قبضت صداقها ثم طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصفه ان كان باقياً) لقول الله تعالى (وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم) وليس في هذا اختلاف بحمد الله ويدخل في ملكه حكماً كالميراث هذا قياس المذهب ولا يفتقر الى

والدخول بالمرأة يقطع الصداق ، وبه قال مالك ، قال أصحابه إنما قال ذلك إذا كانت العادة تعجيل الصداق كما كان بالمدينة أو كان الخلاف فيما تعجل منه في العادة لأنها لا تسلم نفسها في العادة إلا بتبضه فكان الظاهر معه :

وانما أن النبي ﷺ قال « اليمين على المدعى عليه » ولأنه ادعى تسليم الحق الذي عليه فلم يقبل بغير يئنة كما لو ادعى تسليم الثمن أو كما قبل الدخول

(فصل) فان دفع اليها الفائم اختلها فقال دفعته اليك صداقا وقالت بل هبة فان كان اختلها في نية ، كأن قالت قصرت الهبة وقال قصدت دفع الصداق فالقول قول الزوج بلا يمين لأنه أعلم بما نواه ولا تطلم المرأة على نيته ، وإن اختلها في لفظه فقالت قد قلت خذي هذا هبة أو هدية فأنكر ذلك فالقول قوله مع يمينه لأنها تدعي عليه عقداً على ملكه وهو ينكره فأشبهه ما لو ادعت عليه بيع ملكه لها ، لكن إن كان المدفوع من غير جنس الواجب عليه كأن أصدقها دراهم فدفع اليها عوضاً ثم اختلها وحلف أنه دفع اليها ذلك من صداقها فالمرأة رد الدوز ومطالبته بصداقها

قال أحمد في رواية الفضل بن زياد في رجل تزوج امرأة على صداق ألف فبعث اليها بقيمتها متاعاً وثياباً ولم يخبرهم أنه من الصداق فلما دخل سأله الصداق فقال لها قد بثت اليك بهذا المتاع واحتسبته من الصداق فقالت المرأة صدقي دراهم ترد الثياب والمتاع وترجع عليه بصداقها فهذه الرواية

اختياره وإرادته فما يحدث من الماء يكون بينهما وهو قول زفر وذكر القاضي احتمالاً أنه لا يدخل في ملكه حتى يختار كالشفيع وهو قول أبي حنيفة وللشافعي قولان كالوجهين فعلى هذا ما ينمي قبل ذلك فهو لها وعلى القول الآخر يكون بينهما نصفين

ولنا قول الله تعالى (فنصف ما فرضتم) أي لِمِ أُولَئِكَ فاقضى ذلك ان النصف لها والنصف له بمجرد الطلاق ولان الطلاق سبب يملك به بغير عوض فلم يقف الملك على إرادته واختياره كالارث ولأنه سبب لنقل الملك فيه فنقل الملك بمجرد كالمبيع وسائر الاسباب ولا تلزم الشفعة فان سبب الملك فيها الاخذ ومتى أخذ بها ثبت الملك من غير إرادة واختيار وقبل الاخذ ما وجد السبب وأما استحقاق مباشرة سبب الملك ومباشرة الاسباب موقوفة على اختياره كما ان الطلاق مقوض الى اختياره فالأخذ بالشفعة نظير الطلاق وثبوت الملك للأخذ بالشفعة نظير ثبوت الملك للمطلق فان ثبوت الملك حكم لها وثبوت أحكام الاسباب بعد مباشرتها لا يقف على اختيار أحد ولا إرادته

(فصل) فان زاد زيادة منفصلة رجع في نصف الاصل والزيادة لها وان كانت متصلة فهي خيرة

بين دفع نصفه زائداً وبين دفع نصف قيمته يوم العقد

وجملة ذلك أن الصداق إذا زاد بعد العقد لم يخل من ان تكون الزيادة غير متميزة كسمن العبد وكبره وتعلمه صناعة أو متميزة كالولد والكسب والثمره فان كانت زيادة متميزة أخذت الزيادة ورجع

إذا لم يخبرهم أنه صدق فأما إذا ادعى أنها احتسبت به من الصداق وادعت هي أنه قال هوبة فينبغي أن يحلف كل واحد منهما ويتراجعان بما لكل واحد منهما ، وحكي عن مالك أنه قال إن كان مما جرت العادة بهديه كالشرب والخاتم فالقول قولها لأن الظاهر معها وإلا فالقول قوله ولنا أنهما اختلفا في صفة انتزاع ملكه إلى يدها فكان القول قول المالك كما لو قال أودعتك هذه العين قال بل وهبتها :

(فصل) إذا مات الزوجان واختلف ورثتهما قام ورثة كل إنسان مقامه إلا أن من يحلف منهم على الإثبات يحلف على البت ومن يحلف على النفي يحلف على نفي الدلم لأنه يحلف على نفي فعل الغير وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة إن مات أحد الزوجين فكذلك وإن مات الزوجان فادعى ورثة المرأة التسمية فأنكرها ورثة الزوج جملة لم يحكم عليهم بشيء . قال أصحابه إنها قال ذلك إذا تقدم العهد لأنه تعذر الرجوع إلى مهر المثل لأنه تعتبر فيه الصفات والاقوات وقال محمد بن الحسن يقضى به مهر المثل وقال زفر بعشرة دراهم لأنه أقل الصداق .

ولنا أن ما اختلف فيه المتعاقدان قام ورثتهما مقامهما كالميتامين وما ذكروه ليس بصحيح لأنه لا يسقط الحق لتقدم العهد ولا يتعذر الرجوع في ذلك كقيم سائر المتلفات (فصل) وإن اختلف الزوج وأبو الصغيرة والمجنونة قام الأب مقام الزوجة في الميراث لأنه يحلف

بنصف الأصل وإن كانت غير متميزة فالخيرة إليها إن شاءت دفعت إليه قيمته يوم العقد لأن الزيادة لها لا يلزمها بذلها ولا يمكنها دفع الأصل بدونها فصرنا إلى نصف القيمة وإن شاءت دفعت إليه نصفه زائداً فيلزمه قبوله لأنها دفعت إليه حقه وزيادته لا تنضم ولا تميز فإن كانت محجوراً عليها لم يمكن له الرجوع إلا في نصف القيمة لأن الزيادة لها ولا يجوز لها ولأولادها التبرع بشيء لا يجب عليها

(مسألة) (وإن كان ناقصاً خير الزوج بين أخذ نصفه ناقصاً وبين أخذ القيمة يوم العقد)

إذا نقص الصداق بعد العقد فهو من ضمانها وقد ذكرناه مفصلاً ولا يخلو من أن يكون النقص متميزاً أو غير متميز فإن كان متميزاً كعبدین تلف أحدهما فإنه يرجع بنصف الباقي ونصف قيمة التالف أو مثل نصف التالف إن كان من ذوات الامثال وإن لم يكن متميزاً كأن شاب فصار شيخاً فنقصت قيمته أونسي صناعة أو كتابة أو هزل فالخيار إلى الزوج إن شاء رجع بنصف قيمته وقت ما أصدرها لأن ضمان النقص عليها فلا يلزمه أخذ نصفه لأنه دون حقه وإن شاء رجع بنصفه ناقصاً فتجبر المرأة على ذلك لأنه رضي أن يأخذ نصف حقه ناقصاً فإن اختار أن يأخذ أرش النقص مع هذا لم يكن له ذلك في ظاهر كلام الحنفي وهو قول أكثر الفقهاء ، وقال القاضي القياس أن له ذلك كلياً يسكنه ويطالب بالارش وبما ذكرناه كله قال أبو حنيفة والشافعي وقال محمد بن الحسن الزيادة غير المتميزة تابعة للعين فللزوج الرجوع فيها لأنها تتبع في الفسوخ فأشبهت زيادة السوق

على فعل نفسه ولان قوله مقبول فيما اعترف به من الصداق فسمعت يمينه فيه كازوجة فان لم يحلف حتى بلغت وعملت فاليمين عليها دونه لان الحق لها وانما يحلف هو لتعذر اليمين من جهتها فاذا أمكن في حقها صارت اليمين عليها كاوصي اذا بلغ الاطفال قبل يمينه فيما يحلف فيه فأما البكر البالغة العاقلة فلا نسمع مخالفتها لان الكبيرة قولها مقبول في الصداق والحق لها دونه وأما سائر الاولياء فليس لهم تزويج صغيرة الا على رواية في بنت تسم وليس لهم أن يزوجوا بدون مهر المثل ولو زوجوها بدون مهر المثل ثبت مهر المثل من غير يمين فان ادعى أنه زوجها بأكثر من مهر مثلها فاليمين على الزوج لان القول قوله في قدر مهر المثل

(فصل) اذا أنكر الزوج تسمية الصداق وادعى أنه تزوجها بغير صداق فان كان بعد الدخول نظرنا فان ادعت المرأة مهر المثل أو دونه وجب ذلك من غير يمين لانها لو صدقته في ذلك لوجب مهر المثل فلا فائدة في الاختلاف، وإن ادعت أقل من مهر المثل فهي مقرة بنقصها عما يجب لها بدعوى الزوج فيجب أن يقبل قولها بغير يمين، وإن ادعت أكثر من مهر المثل لزمته اليمين على نفي ذلك ويجب لها مهر المثل، وإن كان اختلافهما قبل الدخول انبنى على الروايتين فيما اذا اختلفا في قدر الصداق، فان قلنا القول قول الزوج فلها المنفعة، وإن قلنا القول قول من بدعي مهر المثل قبل قولها ما ادعت مهر مثلها هذا اذا طلقتها، وإن لم يطلقها فرض لها مهر المثل على الروايتين وكل من قلنا القول قوله فعليه اليمين.

ولنا أنها زيادة حدثت في ملكها فلم تنصف بالطلاق كالميزة فأما زيادة السوق فليست ملكها ونارقت نماء المبيع لان سبب الفسخ العيب وهو سابق على الزيادة وسبب تنصيف المهر الطلاق وهو حادث بعدها ولان الزوج يثبت حقه في نصف المفروض دون العين ولهذا لو وجدها ناقصة كان له الرجوع الى نصف بدلها بخلاف المبيع المعيب والمفروض لم يكن سميئاً فلم يكن له اخذه والمبيع تعلق حقه بعينه فتبعه سميئاً فأما ان نقص الصداق من وجه وزاد من وجه مثل ان يتعلم صناعة وينسى اخرى أو هزل وتعلم ثبت الخيار لكل واحد منهما وكان له الامتناع والرجوع الى القيمة فان اتفقا على نصف العين جاز وان امتنعت المرأة من بدلها فلها ذلك لاجل الزيادة وان امتنع هو من الرجوع في نصفها فله ذلك لاجل النقص واذا امتنع أحدهما رجع في نصف قيمتها

(فصل) فان أصدقها شقصاً وقلنا للشفيع أخذه فأخذه ثم طلق الزوج رجع في نصف قيمته لزوال ملكها عنه فان طلقتها قبل الاخذ بالشفعة فطالب الشفيع قدم حقه في أحد الوجهين لان حقه أسبق فانه يثبت بالنكاح وحق الزوج ثابت بالطلاق ولان الزوج يرجع الى بدل وهو نصف القيمة وحق الشفيع اذا بطل فالى غير بدل (والثاني) يقدم الزوج لان حقه ثبت بنص القرآن والاجماع فكان أكد وحق الشفيع مخنأف فيه فعلى هذا يكون للشفيع أخذ النصف الباقي بنصف ما كان يأخذ به الجميع ﴿مسألة﴾ (وان كان تالفاً أو مستحقاً بدين أو شفعة فله نصف القيمة يوم العقد الا ان يكون

مثالاً فيرجم بنصف مثله)

﴿مسئلة﴾ قال (واذا تزوجها بغير صداق لم يكن لها عليه اذا طلقها قبل الدخول الا المنة)

وجملته أن النكاح يصح من غير تسمية صداق في قول عامة أهل العلم وقد دل على هذا قول الله تعالى (لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة)

وروي أن ابن مسعود سئل عن رجل تزوج امرأة ولم يفرض لها صداق ولم يدخل بها حتى مات فقال ابن مسعود لها صداق نسائها لا وكس ولا شطط وعليها العدة ولها الميراث؟ فقام معقل بن سنان الأشجعي فقال: قضى رسول الله ﷺ في بروع بنت واشق امرأة منا مثل ما قضيت، أخرجه أبو دارد والترمذي وقال حديث حسن صحيح، ولأن القصد من النكاح الوصلة والاستمتاع دون الصداق فصح من غير ذكره كالنفقة وسواء ترك ذكر المهر أو شرطه ففيه مثل أن يقول زوجتك بغير مهر فقبله كذلك، ولو قل زوجتك بغير مهر في الحال ولا في الثاني صح أيضاً

وقال بعض الشافعية لا يصح في هذه الصورة لأنها تكون كالوهرية وليس بصحيح لأنه قد صح فيما إذا قال زوجتك بغير مهر فيصح ههنا لأن معناهما واحد وما صح في إحدى الصورتين المتساويتين صح في الأخرى وليست كالوهرية لأن الشرط يفسد ويجب المهر إذا ثبت هذا فإن الزوجة بغير مهر تسمى بفروضة بكسر الواو وفتحها فنكس أضاف الفل إليها على أنها فاعلة مثل مقومة ومن فتح أخافه إلى ولها ومعنى التفويض الإهمال كأنها أهملت أمر المهر حيث لم تسمه ومنه قول الشاعر:

وقال القاضي له القيمة أقل ما كانت من يوم العقد إلى يوم القبض، قال شيخنا: هذا مبني على أن الصداق لا يدخل في ضمان المرأة الا بقبضه وان كان مميئاً كما بيع في رواية فعلى هذا ان كانت القيمة وقت العقد أقل لم يلزمها إلا نصفها لأن الزيادة بعد العقد لها لأنها نماء ملكها فأشبهت الزيادة بعد القبض وان كانت القيمة وقت القبض أقل لم يلزمها أكثر من نصفها لأن ما نقص من القيمة من ضمانه تلزمه غرامته لها فكيف يجب له عليها؟

(فصل) فإن أعدقها نخلًا حائلاً فأطلعت ثم طلقها قبل الدخول فله نصف قيمتها يوم العقد وليس له الرجوع في نصفها لأنها زادت زيادة متصلة فهي كسمن الجارية وسواء كان الطلع مؤبراً أو غير مؤبر لأنه متصل بالأصل لا يجب فصله عنه في هذه الحال فأشبه السمن وتعلم الصناعة فإن بذلت له المرأة الرجوع فيها مع طلعها لزمه ذلك لأنها زيادة متصلة لا يجب فصلها، وإن قال أقطعت ثم تركت حتى أرجع في نصف الأصل لم يلزمها لأن العرف في هذه الثمرة أنها لا تؤخذ الا بالجذاذ بدليل اليعم ولأن حق الزوج انتقل إلى القيمة فلم يعد إلى العين إلا برضاها فإن قالت المرأة اترك الرجوع حتى آخذ ثم رجع وترجع في نصف الأصل وأرجع في نصف الأصل وأمهلي حتى أقطع الثمرة أو قال الزوج انا أصبر حتى إذا أخذت ثم تركت رجعت في الأصل، أو قال أنا أرجع في الأصل وأصبر حتى تجذي ثم تركت لم يلزم

لا يصلح النامس فوضي لاسرة لهم ولا سراة اذا جها لهم سادوا
يعني مهملين والتفويض على ضربين : تفويض بضم وتفويض ميم . فأما تفويض البضع
فهو الذي ذكره الخرقى وفسرناه وهو الذي ينصرف اليه إطلاق التفويض ، وأما تفويض المهر فهو
أن يجعل الصداق إلى رأي أحدهما أو رأي أجنبي فيقول زوجتك على ماشئت أو على حكمك أو على
حكمي أو حكمها أو حكم أجنبي ونحوه فهذه لها مهر المثل في ظاهر كلام الخرقى لأنها لم تزوج نفسها إلا
بصداق لكنه مجهول فسقط لجهالة ووجب مهر المثل ، والتفويض الصحيح أن تؤذن المرأة الجائزة
الامر لوليها في تزويجها بغير مهر أو بتفويض قدره أو بزواجها أبوها كذلك ، فأما أن زوجها غير أبيها
ولم يذكر مهر آ غير إذنهما في ذلك فإنه يجب مهر المثل

وقال الشافعي لا يكرن التفويض الا في الصورة الاولى وقد سبق الكلام معه في أن اللاب أن زوج
أبته بدون صداق مثلاً فكذلك يجوز تفويضه ، فإذا طافت المفوضة البضع قبل الدخول فليس لها
إلا المنة نص عليه أحمد في رواية الجماعة وهو قول ابن عمر وابن عباس والحسن وعطاء وجابر بن زيد
والشعبي والزهرري والنخعي والثوري والشافعي وإسحاق وأبراهيم وأصحاب الرأي . وعن أحمد
رواية أخرى أن الواجب لها نصف مهر مثلها لانه نكاح صحيح ووجب مهر المثل بعد الدخول فيوجب
نصفه بالطلاق قبل الدخول كما لو سمي محرماً

أحدهما قبول قول الآخر لان الحق انتقل الى القيمة فلم يعد الى العين الا بتراضيها ويحتمل أن يلزمها
قبول ما عرض عليها لأن الضرر عليه فأشبه ما لو بذلت له نصفها مع طلعها وكما لو وجد العين ناقصة
فرضي بها ، وإن تراضيا على شيء من ذلك جاز والحكم في سائر الشجر كالحكم في النخل وأخراج
النور في الشجر بمنزلة الطلع الذي لم يؤبر .

(فصل) فان كانت أرضاً فخرتها فذلك زيادة محضة ان بذلتها له بزيادة لزمه قبولها كالزيادات المتصلة
كلها وإن لم تبذلها دفعت نصف قيمتها ، وإن زرعها فحكم النخل إذا طلع إلا في موضع واحد
وهو أنها اذا بذلت نصف الأرض مع نصف الزرع لم يلزمه قبوله بخلاف الطلع مع النخل والفرق
بينهما من وجهين : (أحدهما) أن الثمرة لا تنقص بها الشجرة ، والأرض تنقص بالزرع وتضعف .
(الثاني) أن الثمرة متولدة من الشجر فهي تابعة له ، والزرع ملكها أو دعته في الأرض فلم يجبر على
قبوله . وقال القاضي يجبر على قبوله كاطلع سواء ، وقد ذكرنا ما يقتضي الفرق . ومسائل الغراس
كمسائل الزرع فان طلقها بعد الحصاد ولم تكن الأرض زادت ولا نقصت رجع في نصفها وإن نقصت
الزرع أو زادت به رجع في نصف قيمتها إلا أن يرضى بأخذها ناقصة أو ترضى هي ببذلها زائدة .

(فصل) فان أعدقها خشباً فشقتة أبواباً فزادت قيمته لم يكن له الرجوع في نصفه لزيادته ولا يلزمه
قبول نصفه لانه نقص من وجه فانه لم يبق مستعداً لما كان يصلح له من التسقيف وغيره ، وإن

وقال مالك والليث وابن أبي ليلى : المنة مستحبة غير واجبة لان الله تعالى قال (حقا على المحسنين)
فخصهم بها فيدل أنها على سبيل الاحسان والتفضل ، والاحسان ليس بواجب ولأنها لو كانت واجبة
لم يخص المحسنين دون غيرهم

ولما قوله تعالى (ومنعوهن) أمر والأمر يقتضي الوجوب ، وقال تعالى (ولما طلقات متاع
بالمعروف حقا على المتقين) وقال تعالى (إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما
لكم عليهن من عدة تعتدونها فتعوهن) ولأننا طلاق في نكاح يقتضي بوضا فلم يعر عن العوض كما لو
سمى مهرآ ، وأداء الواجب من الاحسان فلا تعارض بينهما

(فصل) فان فرض لها بعد العقد ثم طلقها قبل الدخول فلها نصف ما فرض لها ولا منة ، وهذا
قول ابن عمر وعطاء والشعبي والنخعي والشاذلي وأبي عبيد . وعن أحمد ان لها المنة وبسقط المهر .
وهو قول أبي حنيفة لأنه نكاح عري عن تسميته فوجب به المنة كما لو لم يفرض لها
ولذا قوله تعالى (وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم)
ولأنه مفروض يستقر بالدخول فننصف بالطلاق قبله كما سمي في العقد

(فصل) ومن أوجب لها نصف المهر لم تجب لها منة سواء كانت ممن سمي لها صداق أو لم يسم
لها لكن فرض بعد العقد وهذا قال أبو حنيفة فيمن سمي لها وهو قديم قولي الشاذلي ، وروي عن

أصدقها ذهباً أو فضة فصاغته حلياً فزادت قيمته فلها منعه من نصفه ، وإن بذلت له النصف لزمه القبول
لان الذهب لا ينقص بالصياغة ولا يخرج عن كونه مستعداً لما كان يصلح له قبل صياغته وإن أصدقها
دنانير أو دراهم أو حلياً فكسرت ثم صاغته على غير ما كان عليه لم يلزمه قبول نصفه لانه نقص في
يدها ولا يلزمها بذل نصفه لزيادة الصناعة التي أحدثتها فيه ، وإن أعادت الدراهم والدنانير إلى ما كانت
عليه فله الرجوع في نصفها وليس له طلب قيمتها لأنها عادت إلى ما كانت عليه من غير نقص ولا
زيادة فأشبهه مالو أصدقها عبداً فرض أو بريء ، وإن صاغت الحلي على ما كان عليه ففيه وجهان .
(أحدهما) له الرجوع كالدرهم إذا أعيدت (والثاني) ليس له الرجوع في نصفه لأنها جددت فيه
صناعة فأشبهه مالو صاغته على صفة أخرى ولو أصدقها جارية فهزلت ثم سميت فعادت إلى حالتها الأولى
فهل يرجع في نصفها ؟ على وجهين .

❖ مسألة ❖ (وإن نقص الصداق في يدها بعد الطلاق فهل تضمن بعضه ؟ يحتمل وجهين)

أما ان كانت منعه منه بعد طلبه فعليها الضمان لأنها غاصبة وان تلف قبل مطالبتها فقياس المذهب
أنه لا ضمان عليها لانه حصل في يدها بغير فعلها ولا عدوان من جهتها فلم تضمنه كالوديعة ، وان اختلفا
في مطالبتها لها فالقول قولها لأنها منكورة ، وفيه وجه آخر : أن عليها الضمان لانه حصل في يدها من
من غير اذن الزوج لها في امساك أشبهت الغاصب وهذا ظاهر قول أصحاب الشافعي قالوا لانه

أحمد لكل مطلقة متاع. وروى ذلك عن علي بن أبي طالب والحسن وسعيد بن جبير وأبي قلاب وأبي الزهري وقتادة والضحاك وأبي ثور لظاهر قوله تعالى (وللمطلقات متاع بالمعروف حتما على المتقين) وقوله تعالى لنبيه عليه السلام (قل لأزواجك - إلى قوله - فتما بين أمتعن وأسرحكن) وعلى هذه الرواية لكل مطلقة متاع سواء كانت مفوضة أو مسمى لها مدخولا بها أو غيرها لما ذكرناه وظاهر المذهب أن المتعة لا تجب إلا المفوضة التي لم يدخل بها إذا طلقت ، قال أبو بكر كل من روى عن أبي عبد الله فيما أعلم روى عنه أنه لا يحكم بالمتعة إلا لمن لم يسم لها مهر إلا حبلا فإنه روى عن أحمد أن لكل مطلقة متاعا ، قال أبو بكر والعمل عليه عندي لولا تواتر الروايات عنه بخلافها

ولنا قوله تعالى (لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعهن) ثم قال (وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم) فخص الأولى بالتمتع والثانية بنصف المفروض مما تقسيمه النساء قسمين وإثباته لكل قسم حكما فيدل ذلك على اختصاص كل قسم بحكمه ، وهذا يخص ما ذكرناه ، ويحتمل أن يحمل الأمر بالتمتع في غير المفوضة على الاستحباب لدلالة الآيتين القتين ذكرناهما على نفي وجوبها جميعا بين دلالة الآيات والمعنى فإنه عوض واجب في عقد فاذا سمي فيه عرض صحيح لم يجب غيره كسائر عقود المعاوضة ولأنها لا تجب لها المتعة قبل الفرقة ولا ما يقوم مقامها فلم تجب لها عند الفرقة كالتمتع في غيرها زوجها

حصل في يدها بحكم قطع العقد فأشبهه البيع إذا ارتفع العقد بالفسخ والاول أولى لما ذكرناه وأما البيع فيجتمل أن يمنع وإن سلمنا فإن الفسخ إن كان منهما أو من المشتري فقد حصل منه التسبب إلى جعل ملك غيره في يده ، وفي مسئلتنا ليس من المرأة فعل وإنما حصل ذلك بفعل الزوج وحده فأشبهه ما لو أتى ثوبه في دارها بغير إذنها .

(مسألة) (وإن قال الزوج نقص قبل الطلاق فعليك ضمانه وقالت بعده فاقول قولها مع غيرها) لأنه ادعى ما يوجب الضمان عليها وهي منكرة والقول قول المنكر .

(فصل) إذا خالغ امرأته بعد الدخول ثم تزوجها وطلقها قبل دخوله بها فإنها في النكاح الثاني نصف الصداق المسمى فيه وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة لها جميعه لأن حكم الوطء موجود فيه بدليل أنها لو أتت بولد لزمه .

ولنا قول الله تعالى (وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم) ولأنه طلاق من نكاح صحيح لم يمسها فيه فوجب أن يتنصف المهر كما لو تزوجها بعد العدة وما ذكره غير صحيح فإن لحوق النسب لا يقف على الوطء عنده فلا يقوم مقامه فاما إن كان لم يدخل بها في النكاح الاول فعليه نصف الصداق للنكاح الاول ونصف الصداق للنكاح الثاني بغير خلاف

(فصل) ولو طلق المسمى لها بعد الدخول أو المفوضة المفروض لها بعد الدخول فلا تمتع لواحدة منهما إلا على رواية حنبل ، وقد ذكرنا ذلك وذكرنا قول من ذهب إليه وظاهر المذهب أنه لا تمتع لواحدة منهما وهو قول أبي حنيفة وللشافعي قولان كالروايتين وقد ذكرنا ذلك ، إذا ثبت هذا فإنه يستحب أن يتمتع بها نص عليه أحمد فقال أنا أوجبها على من لم يسم لها صداقا فإن كان سمى صداقا فلا أوجبها عليه وأستحب أن يتمتع وأزسى لها صداقا وإذا استحب ذلك العموم النص الوارد فيها ودلائلها على إيجابها . وقول علي رضي الله عنه ومن سمينا من الأئمة بها فلما امتنع الوجوب لدلالة الآيتين المذكورتين على نفي الوجوب ودلالة المعنى المذكور عليه تعين حمل الأدلة لدلالة عليها على الاستحباب أو على أنه أريد به الخصوص ، وأما المتوفى عنها فلا تمتع لها بالاجماع لأن النص العام لا يتناولها وإنما يتناول المطلقات ولأنها أخذت العوض المسمى لها في عقد المعاوضة لم يجب لها به سواء كما في سائر العقود

(فصل) والتمتع يجب على كل زوج لكل زوجة مفوضة طلقت قبل الدخول وسواء في ذلك الحر والعبد والمسلم والذمي والحرمة والامة والمسلمة والذمية ، وحكي عن أبي حنيفة لا تمتع للذمية ، وقال الاوزاعي إن كان الزوجان أو أحدهما رقيقا فلا تمتع

ولما عمم النص ولأنها قائمة مقام نصف المهر في حق من سمى فتجب لكل زوجة على كل زوج كنصف المسمى ولأن ما يجب من العرض يستوي فيه المسلم والكافر والحر والعبد كالمهر

(فصل) إذا طلق المرأة قبل الدخول وقد تصرفت في الصداق بعقد من العقود لم يخل من ثلاثة أقسام (أحدها) ما يزيل الملك عن الرقبة كالبيع والهبة والعقق فهذا يمنع الرجوع به وله نصف القيمة ازوال ملكها وانقطاع تصرفها فإن عادت العين إليها قبل طلاقها ثم طلقتها وهي في يدها بحالها فله الرجوع في نصفها لانه وجدها بعينها فأشبهه ما لو لم يخرجها ولا يازم الوالد اذا وهب ولده شيئا فخرج عن ملكه ثم عاد إليه حيث لا يملك الرجوع لانا نمنع ذلك ، وان سلمنا فإن حق الوالد سقط بخروجه عن يد الولد بكل حال بدليل أنه لا يطالبه ببدله والزوج لم يسقط حقه بالكلية بل يرجع بنصف قيمته عند عدمه فإذا وجد كان الرجوع في نفسه أولى ، وفي معنى هذه التصرفات الرهن فإنه لم يزل الملك عن الرقبة لكنه يراد للبيع المزيل للملك ولذلك لا يجوز رهن ما لا يجوز بيعه ففي الرجوع في العين ابطال حق المرتهن من الوثيقة فلم يجز ، وكذلك الكتابة فإنها تراد للعقق المزيل للملك وهي عقد لازم فحرت مجرى الرهن ، ويحتمل أن لا يمنع الرجوع اذا قلنا يجوز بيع المكاتب كالتدبير فإن طلق الزوج قبل اقباض الهبة أو الرهن أو في مدة الخيار في البيع ففيه وجهان

(أحدها) لا تجبر على رد نصفه إليه لانه عقد عقد به في ملكها فلم يملك ابطاله كاللازم ولأن ملكها قد زال فلم يملك الرجوع فيها ليس بمملوك لها

(والثاني) تجبر على تسليم نصفه فإنها قادرة على ذلك ولا زيادة فيها وللشافعي قولان كهذين

(فصل) فأما المفوضة للمهر وهي التي يتزوجها على ماشاء أحدهما أو التي زوجها غير أبيها بغير صداق بغير اذنها أو التي مهرها فاسد فإنه يجب لها مهر المثل ويتنصف بالطلاق قبل الدخول ، ولا متعة لها هذا ظاهر كلام الخري ، وقد صرح به في التي مهرها فاسد وهو مذهب الشافعي ، وعن أحمد أن لها المتعة دون نصف المهر كالمفوضة البضع وهو مذهب أبي حنيفة لأنه خلاعهما من تسمية صحيحة فأشبهت التي لم يسم لها شيء

ولنا أن هذه لها مهر واجب قبل الطلاق فوجب أن يتنصف كالوصية أو نقول لم ترض بغير صداق فلم تجب المتعة كالوصية ، وتنفق التي رضيت بغير عوض فألها رضيته بغير صداق وعاد بضعها سلمها فعرضت المتعة بخلاف مسئلتنا

(فصل) وكل فرقة يتنصف بها المسمى توجب المتعة إذا كانت مفوضة وما يسقط به المسمى من الفرق كالخلاف الدين والفسخ بالرضاع ونحوه إذا جاء من قبلها لا تجب به متعة لأنها أقيمت مقام نصف المسمى فسقطت في موضع يسقط كما يسقط لا بدال بما يسقط مبدلها

(فصل) قال أبو داود سمعت أحمد سئل عن رجل تزوج امرأة ولم يكن فرض لها مهرأ ، ثم وهب لها غلاما ، ثم طلقها قبل الدخول قال لها المتعة وذلك لأن الهبة لا تنقضي بها المتعة كالاتقاضي بها نصف المسمى ولأن المتعة إنما تجب بالطلاق فلا يصح قضاؤها قبله ولأنها واجبة فلا تنقضي بالهبة كالوصية

الوجهين ، فأما أن طلقها بعد تقييض الهبة والرهن ولزوم البيع فلم يأخذ قيمة النصف حتى فسخ البيع والرهن والهبة لم يكن له الرجوع في نصفها لأن حقه ثبت في القيمة (الثاني) تصرف غير لازم لا ينقل الملك كالوصية والشركة والمضاربة فهذا لا يبطل الرجوع في نصفه ويكون وجوده بهذا التصرف كعدمه لأنه تصرف لم ينقل الملك ولم يمنع المالك من التصرف فلا يمنع من له الرجوع على المالك من الرجوع كالإيداع والعارية ، فأما أن دبرته فظاهر المذهب أنه لا يمنع الرجوع لأنه لا يمنع البيع فلم يمنع الرجوع كالوصية ، ولا يجبر على الرجوع في نصفه بل يخير بين ذلك وبين أخذ نصف قيمته ولأن شركة من نصفه مدبر نقص ولا يؤمن أن يرفع إلى حاكم حنفي فيحكم بعقده ، وإن كانت أمة فدبرتها فإن قلنا تباع في الدين فهي كالعبد ، وإن قلنا لا تباع لم يجز الرجوع في نصفها (الثالث) تصرف لازم لا يراد لإزالة الملك كالاجارة والنزويج فهو نقص فيخير الزوج بين أن يرجع في نصفه ناقصاً وبين الرجوع في نصف قيمته فإن رجع في نصف المستأجر صبر حتى تنفسخ الاجارة ، فإن قيل فلم قلتم في الطلم الحاد في النخيل إذا قال أنا أصبر حتى تنتهي الثمرة لم يكن له ذلك ؟ قلنا الفرق بينهما أن في تلك المسئلة تكون المنة له فلا يازمها قبول منته بخلاف مسئلتنا ولأن ذلك يؤدي إلى التنازع في سقي الثمرة وجذاذها وقطعها لحوف العطش أو غيره بخلاف مسئلتنا

(فصل) قد ذكرنا أن المهر إذا كان معيناً يدخل في ملك المرأة بمجرد العقد فإذا زاد فله زيادة

(مسئلة) قال (على الموسع قدره وعلى المقتر قدره فأعلاه خادم وأدناه كسوة يجوز لها أن تصلي فيها إلا أن يشاء هو أن يزيد لها أو تشاء هي أن تنقصه)

وجملة ذلك أن المتعة معتبرة بحال الزوج في يساره واعساره نص عليه أحمد وهو وجه لأصحاب الشافعي والوجه الآخر قالوا هو معتبر بحال الزوج لأن المهر معتبر بها كذلك المتعة القائمة مقامه ومنهم من قال يحجز في المتعة ما يقع عليه الاسم كما يحجز في الصداق ذلك

ولنا قول الله تعالى (على الموسع قدره وعلى المقتر قدره) وهذا نص في أنها معتبرة بحال الزوج وأنها تختلف، ولو أجزأ ما يقع عليه الاسم سقط الاختلاف، ولو اعتبر بحال المرأة لما كان على الموسع قدره وعلى المقتر قدره. إذا ثبت هذا فاختلفت الرواية عن أحمد فيها فروي عنه مثل قول الحرقي أعلاه خادم هذا إذا كان موسراً، وإن كان فقيراً متعها كسوتها درعاً وخماراً وثوباً تصلي فيه ونحو ذلك قال ابن عباس والزهري والحسن، قال ابن عباس أعلى المتعة الخادم ثم دون ذلك النفقة ثم دون ذلك الكسوة، ونحو ما ذكرنا في أدناها قال الثوري والأوزاعي وعطاء ومالك وأبو عبيد وأصحاب الرأي، قالوا درع وخمار وملحفة (والرواية الثانية) يرجع في تقديرها إلى الحاكم

لها وإن نقص فعلها فإذا كانت غنيا فولدت فالأولاد زيادة منفصلة تنفرد المرأة بها لأنه نماء ملكها وترجع في نصف الأمهات إن لم تكن نقصت ولا زادت زيادة متصلة لأنه نصف ما فرض لها. وقد قال الله تعالى (فنصف ما فرضتم) فإن كانت نقصت بالولادة أو بغيرها فله الخيار بين أخذ نصفها ناقصاً لأنه رضي بدون حقه وبين أخذ نصف قيمتها وقت ما أصدقها لأن ضمان النقص عليها وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يرجع في نصف الأصل وإنما يرجع في نصف القيمة لأنه لا يجوز فسخ العقد في الأصل دون النماء لأنه موجب للعقد فلم يحجز رجوعه في الأصل بدونه.

ولنا أن هذا نماء منفصل عن الصداق فلم يمنع رجوع الزوج كما لو انفصل قبل القبض، وما ذكره لا يصح لأن الطلاق ليس برفع العقد ولا النماء من موجباته إنما هو من موجبات الملك، إذا ثبت هذا فلا فرق بين كون الولادة قبل تسليمه إليها أو بعده إلا أن يكون قد تمت قبضه فيكون النقص من ضمانه والزيادة لها فينفرد بالأولاد، وإن نقصت الأمهات خیرت بين أخذ نصفها ناقصة وبين أخذ نصف قيمتها أكثر ما كانت من يوم أصدقها إلى يوم طلقها وإن أراد الزوج أخذ نصف قيمة الأمهات من المرأة لم يكن له. وقال أبو حنيفة إذا ولدت في يد الزوج ثم طلقها قبل الدخول رجع في نصف الأولاد أيضاً لأن الولد دخل في التسليم المستحق بالعقد لأن حق التسليم تعلق بالام فسرى إلى الولد لحق الاستيلاء وما دخل في التسليم المستحق ينصف بالطلاق كالذي دخل في العقد

وهو أحد قولي الشافعي لأنه أمر لم يرد الشرع بتقديره وهو مما يحتاج إلى الاجتهاد فيجب الرجوع فيه إلى الحاكم كسائر المجتهدات ، وذكر القاضي في المجرد رواية نائلة أنها مقدرة بما يصادف نصف مهر المثل لأنها بدل عنه فيجب أن تنقدر به ، وهذه الرواية تضعف لوجهين ،

[أحدهما] أن نص الكتاب يقتضي تقديرها بحال الزوج وتقديرها بنصف مهر المثل يوجب اعتبارها بحال المرأة لأن مهرها معتبر بها لا بزوجها

(الثاني) أنا لو قدرناها بنصف المهر لسكانت نصف المهر إذ ليس المهر معيناً في شيء ولا المنفعة ووجه قول الخرقى قول ابن عباس أعلى المنفعة الخادم ثم دون ذلك الكسوة رواه أبو حفص بإسناده وقدرها بكسوة تجوز لها الصلاة فيها لأن الكسوة الواجبة بمطلق الشرع تنقدر بذلك كالكسوة في الكفارة والسترة في الصلاة وروى كنيف السلمي أن عبد الرحمن بن عوف طلق امرأته تماضر الكلبية فخمها بجارية سوداء يعني متعها قال إبراهيم النخعي العرب تسمي المنفعة التحميم وهذا فيما إذا تشاحا في قدرها فإن سمح لها بزيادة على الخادم أو رضيت بأقل من الكسوة جاز لأن الحق لهما لا يخرج عنهما وهو مما يجوز بذله فجاز ما انفقا عليه كالصداق وقد روي عن الحسن بن علي أنه متهم امرأة بعشرة آلاف درهم فقالت * متاع قليل من حبيب مفارق *

ولنا قول الله تعالى (فنصف ما فرضتم) وما فرض ههنا إلا الامهات فلا يتنصف سواها ولأن الولد حدث في ملكها أشبه ما حدث في يدها ، ولا يشبه حق التسليم حق الاستيلاء فإن حق الاستيلاء يسري وحق التسليم لا سرية له فإن تلف في يد الزوج وكانت المرأة قد طابت به فنعها ضمنه كالغاصب والا لم يضمنه لأنه تبع لأمه .

(فصل) والحكم في الصداق إذا كان جارية كالحكم في الغنم إذا ولدت كان الولد لها كولد الغنم إلا أنه ليس له الرجوع في نصف الأصل لأنه يفضي إلى التفريق بين الأم وولدها في بعض الزمان وكما لا يجوز التفريق بينها وبين ولدها في جميع الزمان لا يجوز في بعضه فيرجع عليها في نصف قيمتها وقت ما أصدقها لا غير .

(فصل) فإن كان الصداق بهيمة حائلاً فحملت فالحمل فيها زيادة متصلة إن بذلتها له بزيادتها لزمه قبولها لأن الحمل في البهيمة لا يعد نقصاً ولذلك لا يرد به المبيع ، وإن كانت أمة فحملت فقد زادت من وجه لاجل ولدها ونقصت من وجه لأن الحمل في النساء نقص لحوف التلف عليها حين الولادة ولهذا يرد بها المبيع فحينئذ لا يلزمها بذلها لاجل الزيادة ولا يلزمه قبولها لاجل النقص وله نصف قيمتها وإن انفقا على تنصيفها جاز ، وإن أصدقها حاملاً فولدت فقد أصدقها عينية جارية وولدها وزاد الولد في ملكها فإن طلقها فرضيت ببذل النصف في الولد والأم جميعاً أجبر على قبولها لأنها زيادة غير مميزة

﴿مسئلة﴾ قال (ولو طالبت قبل الدخول أن يفرض لها أجبر على ذلك فإن فرض لها مهر مثله لم يكن لها غيره وكذلك ان فرض لها أقل منه فرضيته)

وجملة ذلك أن المفوضة لها المطالبة بفرض المهر لان النكاح لا يخلو من المهر فوجبت لها المطالبة ببيان قدره وبهذا قال الشافعي ولا نعلم فيه مخالفاً فان اتفق الزوجان على فرضه جاز ما فرضاه قليلا كان أو كثيراً سواء كانا عالمين بمهر المثل أو غير عالمين به وقال الشافعي في قول له لا يصح الفرض لغير مهر المثل إلا مع علمها بمهر المثل لان ما فرضه بدل عن مهر المثل فيحتاج أن يكون المبدل معلوماً ولنا أنه إذا فرض لها كثيراً فقد بدل لها من ماله فوق ما يلزمه وان رضيت باليسير فقد رضيت بدون ما يجب لها فلا تنعم من ذلك وقولهم انه بدل غير صحيح ، فان البديل غير المبدل والمفروض ان كان ناقصاً فهو بمضه وان كان أكثر فهو الواجب وزيادة ولا يصح جعله بدلاً ولو كان بدلاً لما جاز مع العلم لانه يبدل ما فيه الربا بنفسه متفاضلاً ، وقد روى عقبه بن عامر قال قال رسول الله ﷺ «أترضى أني أزوجهك فلانة؟» قال نعم وقال للمرأة «أترضين أن أزوجهك فلانا؟» قالت نعم فزوج أحدهما صاحبه ودخل عليها ولم يفرض لها صداقاً لما حضرته الوفاة قال إن رسول الله ﷺ زوجني فلانة ولم يفرض لها صداقاً ولم أعطها شيئاً وإني قد أعطيتها عن صداقها سمي بخيبر فأخذت سهمه فباعته بمائة ألف، فأما ان تشاحا فيه ففرض لها مهر مثله أو أكثر منه فليس لها المطالبة بسواء فان لم ترض به لم يستقر لها

وإن لم تبدله لم يجز له الرجوع في نصف الولد لزيادته ولا في نصف الام لما فيه من التفرقة بينها وبين ولدها ويرجع بنصف قيمة الام وفي نصف الولد وجهان

(أحدهما) لا يستحق نصف قيمته لانه حالة العقد لا قيمة له وحالة الانفصال قد زال في ملكها فلا يقوم الزوج بزيادته ويفارق ولد المتغور فان وقت الانفصال وقت الحيلولة ولهذا قوم بخلاف مسئلتنا (والثاني) له نصف قيمته لانه أصدقها عينيْن فلا يرجع في أحدهما دون الاخرى ويقوم حالة الانفصال لانها أول حالة امكان تقويمه وفي المسئلة وجه آخر وهو أن الحمل لاحكم له فيكون كأنه حادث (فصل) وان أصدقها أرضاً فبنتها داراً أو ثوباً فصبغته ثم طلقها قبل الدخول رجع بنصف قيمته وقت ما أصدقها إلا أن يشاء أن يعطيها قيمة البناء والصنع فيكون له النصف أو تشاء هي أن تعطيها زائداً فلا يكون لها غيره، وذكر الخرقى إنما كان له نصف القيمة لانه قد صار في الارض والثوب زيادة للمرأة وهي البناء والصنع فان دفعت اليه نصف الجميع زائداً فعليه قبوله لانه حقه وزيادة وان بدل لها نصف قيمة البناء وانعراس ليكون له النصف فقال الخرقى له ذلك قال القاضي هذا محمول على أنها تراضيا بذلك لانها لا تجبر على المعاوضة وهذه معاوضة، قال شيخنا والصحيح أنها تجبر لان الارض حصلت له وفيها بناء لغيره فاذا بدل القيمة لزم الآخر قبوله كالشفيع إذا أخذ الارض بعد بناء المشتري فيها فبذل الشفيع قيمته لزم المشتري قبولها وكذلك إذا رجع المعير في أرضه وفيها بناء أو غراس للمستعير فبذل المعير قيمة ذلك لزم المستعير قبولها (فصل) فان أصدقها نخلاً فأثمرت في يده فالثمرة لها لانها نماء ملكها فان جددتها بعد تناهيا

حتى ترضاه فان طلقها قبل الدخول فليس لها إلا المنة لانه لا يثبت لها بفرضه ما لم ترض به كحالة
الابتداء وان فرض لها أقل من مهر المثل فلها المطالبة بتسامه ولا يثبت لها ما لم ترض به وان نشأها
وارتفعوا إلى الحاكم فليس له أن يفرض لها إلا مهر المثل لان الزيادة ميل عليه والنقصان ميل عليها والمثل
المثل ولانه إنما يفرض بدل البضع فيقدر به كالمسألة اذا تلفت فرجعوا في تقويمها إلى أهل الخبرة، ويعتبر
مهرقة مهر المثل ليتوصل إلى إمكان فرضه ومتى صح الفرض صار كالسمي في العقد في أنه يتنصف
بالطلاق ولا تجب المنة معه واذا فرضه الحاكم لم يرضه سواء رضيته أو لم ترضه كما يلزم ما حكم به
(فصلا) وان فرض لها أجنبي مهر مثلها فرضيته لم يصح فرضه وكان وجوده كعدمه لانه ليس بزواج ولا
حاكم فان سلم اليها ما فرضه لم يفرضه اذ فرضيته احتمل أن لا يصح لما ذكرنا يكون حكمها حكم من لم يفرض لها ويترجم
ما أعطاه الا ان تصرفه ما صح ولا برئت بذمة الزوج ويحتمل أن يصح لانه يقوم مقام الزوج في قضاء المسمى فيقوم
مقامه في قضاء ما يوجب به العقد غير المسمى ، فعلى هذا اذا طلقت قبل الدخول رجع نصفه إلى الزوج لانه
ملكه إياه حين قضى به ديناً عليه فيعود اليه كما لو دفعه هو ولا أصحاب الشافعي مثل هذين الوجهين
وذكرنا وجهاً ثالثاً أنه يرجع نصفه إلى الأجنبي وذكره القاضي وجهاً لما نالنا وقد ذكرنا ما يدل على
صحته ما قلناه ، ولو أن رجلاً قضى المسمى عن الزوج صح ثم إن طلقها الزوج قبل الدخول رجع نصفه
اليه ، وان فسخت نكاح نفسها بفعل من جهتها رجع جميعه اليه وعلى الوجه الآخر يرجع إلى من
قضاء والله أعلم

وجعلها في ضرور وألقى عليها صفراً من صفرها وهو سيلان الرطب بغير خلع وهذا يفعله أهل الحجاز
لحفظ رطوبتها لم تخل من ثلاثة أحوال

(أحدها) أن لا تنقص قيمة الثمرة والصفر بل كانا بحالهما أو زاداً فانه بردها عليها ولا شيء عليه
(الثاني) أن تنقص قيمتهما وذلك على ضربين (أحدهما) أن يكون بعضهما متناهما فانه يدفعها اليها
وارش نقصهما لانه تعدى ما فعله من ذلك (الضرب الثاني) أن لا يتناهما بل يتزايد ففيه وجهان
(أحدهما) أنها تأخذ قيمتها لانها كالمستهلكة (الثاني) هي مخيرة بين ذلك وبين تركها حتى يستقر بعضها
وتأخذها وارشها كالمغصوب منه

(الحال الثالث) أن لا تنقص قيمتها لكن ان أخرجها من ضرورها نقصت قيمتها فللزواج إخراجها
وأخذ ضرورها إن كانت الضرور ملكه واذا نقصت فالحكم على ما ذكرنا وإن قال الزوج أنا أعطيتها
مع ضرورها فقال القاضي يلزمه قبولها لان ضرورها كالمصلحة بها التابعة لها ويحتمل أن لا يلزمها قبولها
لان الضرور عين ماله فلا يلزمه قبولها كالمصلحة عنها فان كانت بحالها الا أن الصفر المتروك على الثمرة
ملك الزوج فانه ينزع الصفر ويرد الثمرة ، والحكم فيها ان نقصت أو لم تنقص كالتى قبلها، وان قال أنا
أسلمها مع الصفر والضرور فعلى الوجهين اللذين ذكرناهما وفي الموضع الذي حكمنا أن له زيادة إذا

(فصل) ويجب المهر للمفوضة بالعقد وإنما يقط إلى المتعة بالطلاق وهذا مذهب أبي حنيفة واختلف أصحاب الشافعي فمنهم من قال الصحيح أنه يجب بالعقد، وقال بعضهم لا يجب بالعقد قولاً واحداً، ولا يجيء على أصل الشافعي غير هذا لأنه لو وجب بالعقد لتنصف بالطلاق كالمسمى في العقد.

ولنا أنها تلك المطالبة به فكان واجباً كالمسمى، ولأنه لو لم يجب بالعقد لما استقر بالموت كما في العقد الفاسد، ولأن النكاح لا يجوز أن يخلو عن المهر والقول بعدم وجوبه يفضي إلى خلوه عنه وإلى أن النكاح انعقد صحيحاً وبذلك الزوج الوطء ولا مهر فيه وإنما لم يتنصف لأن الله تعالى نقل غير المسمى لها بالطلاق إلى المتعة كما نقل من سمي لها إلى نصف المسمى لها والله أعلم

فعلى هذا لو فوض الرجل مهر أمته ثم أعتقها أو باعها ثم فرض لها المهر كان لمعتقها أو بائعها لأن المهر وجب بالعقد في ملكه، ولو فوضت المرأة نفسها ثم طالبت بفرض مهرها بعد تغير مهر مثلها أو دخل بها لوجب مهر مثلها حالة العقد لما ذكرنا. وإن أق أصحاب الشافعي على ذلك لأن الوجوب يستند إلى حالة العقد إلا في الأمة التي أعتقها أو باعها في أحد الوجهين

(فصل) ويجوز الدخول بالمرأة قبل إعطائها شيئاً سواء كانت مفوضة أو مسمى لها وبهذا قال سعيد بن المسيب والحسن والنخعي والثوري والشافعي، وروي عن ابن عباس وابن عمر والزهري

قالت أنا أرد الثمرة وآخذ الأصل فإما ذلك في أحد الوجهين والآخر ليس لها ذلك مبنيان على تقريب الصفقة في البيع وقد ذكرنا ذلك في موضعه

(فصل) إذا كان الصداق جارية فوطئها الزوج علماً بزوال ملكه وتحريم الوطء عليه فعليه الحد لأنه وطئ في غير ملك وعليه المهر لسيدتها أكرهها أو طأعته لأن المهر لمولاتها فلا يسقط بينها ومطأعته كما لو بذلت يدها للقطع، وإن ولدت فالولد رقيق للمرأة وإن اعتقد أن ملكه لم يزل عن جميعها أو غير عالم بتحريمها عليه فلا حد عليه للشبهة وعليه المهر والولد حر لا حق به وعليه قيمته يوم ولادته ولا تصير أم ولد له وإن ملكها بعد ذلك لأنه لا ملك له فيها وتجبر المرأة بين أخذها في حال حماها وبين أخذ قيمتها لأنه نقصها بإحبالها، وهل لها الارش بعد ذلك؟ يحتمل أن لها الارش لأنها نقصت بعدوانه أشبه ما لو نقصها الغاصب بذلك وقال بعض أصحاب الشافعي في الارش ههنا قولان وقال بعضهم ينبغي أن يكون لها المطالبة بالارش قولاً واحداً لأن النقص حصل بفعله الذي تعدى به فهو كالغاصب وكما لو طالبته فتمنع تسليماً وهذا أصح

(فصل) وإن أصدق ذمي ذمية خيراً فتخللت في يدها ثم طلقها قبل دخوله بها احتمل أن لا يرجع عليها بشيء لأنها قد زادت في يدها بالتخليل والزيادة لها وإن أراد الرجوع بنصف قيمتها قبل التخلل فلا قيمة لها وإنما يرجع إذا زادت في نصف قيمتها أقل ما كانت من حين العقد إلى حين

وقنادة ومالك لا يدخل بها حتى يعطيها شيئاً ، قال الزهري مضت السنة أن لا يدخل بها حتى يعطيها شيئاً . قال ابن عباس يخلع إحدى رجليها إليها

وقد روى أبو داود بإسناده عن رجل من أصحاب النبي ﷺ أن علياً لما تزوج فاطمة أراد أن يدخل بها فمنعه رسول الله ﷺ حتى يعطيها شيئاً فقال يا رسول الله ليس لي شيء فقال له النبي ﷺ « أعطها درعك » فأعطاه درعه ثم دخل بها . ورواه ابن عباس أيضاً قال : لما تزوج علي فاطمة قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم « أعطها شيئاً » قال ما عندي قال « أين درعك الخطيبة ؟ » رواه أبو داود والنسائي

ولنا حديث عقبة بن عامر في النبي ﷺ ودخل عليها ولم يعطيها شيئاً ، وروت عائشة قالت أمرني رسول الله ﷺ أن أدخل امرأة على زوجها قبل أن يعطيها شيئاً . رواه ابن ماجه ، ولأنه عوض في عقد معاوضة فلم يفت جواز تسليم المعوض على قبض شيء منه كالتن في البيع والاجرة في الاجارة وأما الاخبار فمحمولة على الاستحباب فانه يستحب أن يعطيها قبل الدخول شيئاً موافقة الاخبار ولعمدة الناس فيما بينهم ولنخرج المفوضة عن شبه الموهوبة وليكون ذلك أنظماً للخصومة ويمكن حمل قول ابن عباس ومن وافقه على الاستحباب فلا يكون بين القولين فرق والله أعلم

القبض وحينئذ لا قيمة لها وإن تخلت في يد الزوج ثم طلقها فلها نصفها لأن الزيادة لها ويحتمل أن يكون الخلل له وعليه نصف مهر مثلها إذا ترافعا إلينا قبل القبض أو أسلما أو أحدهما (فصل) إذا تزوج امرأة فضمن أبوه نفقتها عشر سنين صح ذكره أبو بكر لأن أكثر ما فيه أنه ضمان مجهول أو ضمان ما لم يجب وكلاهما صحيح ولا فرق بين كون الزوج موسراً أو معسراً واختلف أصحاب الشافعي فمنهم من قال كقولنا ومنهم من قال لا يصح ضمان نفقة المعسر لأن غير المعسر يتغير حاله فيكون عليه نفقة الموسر أو المتوسط فيكون ضمان مجهول والمعسر معلوم ما عليه ومنهم من قال لا يصح أصلاً لانه ضمان ما لم يجب

ولنا أن الجهل لا يمنع صحة الضمان بدليل صحة ضمان نفقة المعسر مع احتمال أن يموت أحدهما فتسقط النفقة ومع ذلك صح الضمان فيكذلك هذا

﴿مسألة﴾ (والزوج هو الذي بيده عقدة النكاح فإذا طلقها قبل الدخول فأيهما عفا لصاحبه عما وجب له من الأمر وهو جائز الأمر في ماله برىء منه صاحبه وعنه أنه الأب فله أن يعفوا عن نصف صداق ابنته الصغيرة إذا طلقت قبل الدخول)

اختلف أهل العلم في الذي بيده عقدة النكاح فظاهر مذهب أحمد أنه الزوج روي ذلك عن علي وابن عباس وجبير بن مطعم رضي الله عنهم وبه قال سعيد بن المسيب وشريح وسعيد بن جبيرة ونافع مولى

(مسئلة) قال (ولو مات أحدهما قبل الاصابة وقبل الفرض ورثه صاحبه وكان لها مهر نسائها)

أما الميراث فلا خلاف فيه فان الله تعالى فرض لكل واحد من الزوجين فرضاً وعقد الزوجية ههنا صحيح ثابت فورث به لدخوله في عموم النص ، وأما الصداق فانه يكمل لها مهر نسائها في الصحيح من المذهب واليه ذهب ابن مسعود وابن شبرمة وابن أبي لبيلى والثوري واسحاق وروي عن علي وابن عباس وابن عمر والزهري وربيعة ومالك والارزاعي لا مهر لها لانها فرقة وردت على تفويض صحيح قبل فرض ومسيس لم يجب بها مهر كفرقة الطلاق ، وقال ابو حنيفة كقولنا في المسئلة وكقولهم في الذمية ، وعن احمد رواية أخرى لا يكمل وينصف وللشافعي قولان كالروايتين

ولنا ما روي أن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قضى لامرأة لم يفرض لها زوجها صداقاً لم يدخل بها حتى مات ؟ فقال لها صداق نسائها لا وكس ولا شطط وعليها العدة ولها الميراث فقام معقل بن سنان الاشجعي فقال : قضى رسول الله ﷺ في روع ابنة واشق مثل ما قضيت قال الترمذي هذا حديث صحيح وهو نص في محل النزاع ولان الموت معنى يكمل به المسمى فكمل به مهر المثل لفرضه كالدخول وقياس الموت على الطلاق غير صحيح فان الموت يتم به النكاح فيكمل به الصداق والطلاق يقطعه ويزيله قبل انتمائه ولذلك وجبت العدة بموت قبل الدخول ولم تجب بالطلاق وكل المسمى بالموت ولم يكمل بالطلاق وأما الذمية فانها

ابن عمر ومجاهد وإيباس بن معاوية وجابر بن زيد وابن سيرين والشعبي والثوري وأصحاب الرأي والشافعي في الجديد وعن أحمد أنه الولي إذا كان أباً الصغيرة وهو قول الشافعي القديم إذا كان أباً أو جداً وحكي عن ابن عباس وعلقمة والحسن وطاوس والزهري وربيعة ومالك أنه الولي لان الولي بعد الطلاق هو الذي بيده عقدة النكاح لكونها قد خرجت عن يد الزوج ولان الله تعالى ذكر عفو النساء عن نصيبهن فيذبحي أن يكون عفو الذي بيده عقدة النكاح عنه ليكون المعفو عنه في الموضعين واحداً ولان الله تعالى بدأ بخطاب الأزواج على المواجهة بقوله (وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن) ثم قال (أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح) وهذا خطاب غير حاضر

ولنا ما روى الدارقطني بإسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ أنه قال «ولي العقدة الزوج» ولان الذي بيده عقدة النكاح بعد العقد هو الزوج فانه يتمكن من قطعه وفسخه وامساكه وليس للولي منه شيء ولان الله تعالى قال (وان تعفوا أقرب للتقوى) ولان المهر مال للزوجة فلا يملك الولي هبته واسقاطه كغيره من أموالها وحقوقها كسائر الأولياء ولا يمتنع العدول عن خطاب الحاضر الى الغائب كقوله تعالى (حتى إذا كتمت في القمق في الفلك وجربن بهم ريح طيبة) فعلى هذا متى طلق الزوج قبل الدخول ينصف المهر بينهما فان عفى الزوج لماعن النصف الذي له كمل لها الصداق جميعه وان عفت المرأة عن النصف الذي لها منه وتركت

مفارقة بالموت فكل لها الصداق كالمسألة أو كما لو سعى لها ولان المسألة والقدمية لا يختلفان في الصداق في موضع فيجب أن لا يختلفا ههنا

(فصل) قوله مهر نساها يعني مهر مثلهما من أقاربها وقال مالك تعتبر بمن هي في مثل كمالها ومالهما وشرفها ولا يختص بأقربائها، لان الأعواض انما تختلف بذلك دون الأقارب
ولما قولنا في حديث ابن مسعود لها مهر نساها ونساؤها أقاربها وما ذكره فنحن نشترط ونشترط معه أن تكون من نساء أقاربها لانها أقرب اليهن وقوله لا يختلف ذلك باختلاف الأقارب لا يصح فان المرأة تطلب لحسبها كما جاء في الاثر وحسبها يختص به أقاربها فيزداد المهر لذلك وقبل وقد يكون الحي وأهل القرية لهم عادة في الصداق ورسم مقرر لا يشار لهم فيه غيرهم ولا يغيرونه بتغير الصفات فيكون الاعتبار بذلك دون سائر الصفات واختلفت الرواية عن أحمد في من يعتبر من أقاربها يقال في رواية حنبل لها مهر مثلهما من نساها من قبل أبيها فاعتبرها بنساء العصيات خاصة وهذا مذهب الشافعي وقال في رواية إسحاق بن هاني لها مهر نساها مثل أمها أو أختها أو عمها أو بنت عمها اختاره أبو بكر وهو مذهب أبي حنيفة وابن أبي ليلى لأنهم من نساها والاولى أولى فانه قد روي في قصة بروع أن رسول الله ﷺ قضى في بروع بنت واشق بمثل مهر نساء قومها ولان شرف المرأة معتبر في مهرها وشرفها بنسبها وأمها وخاتها لا نساويانها في نسبها فلا تساويانها في شرفها وقد تكون أمها مولاة وهي

له جميع الصداق جاز إذا كان العافي منها رشيداً جائز الامر في ماله فان كان صغيراً أو سفيفاً لم يصح عفوه لانه ليس له التصرف في ماله بهبة ولا إسقاط ولا يصح عفو الولي عن الزوجة أبا كان أو غيره صغيرة كانت أو كبيرة نص عليه أحمد في رواية الجماعة روى عنه ابن منصور اذا طلق وهي بكر قبل أن يدخل بها فعفا أبوها أو زوجها ما أرى عفوا الأب الا جائزاً قال أبو حفص ما أرى ما نقله ابن منصور الا قولاً لابن عبد الله قديماً فظاهر قول أبي حفص أن المسئلة رواية واحدة، وان أبا عبد الله رجم عن قوله بجواز عفوا الأب وهو الصحيح لان مذهبه أن لا يجوز للأب إسقاط ديون ولده الصغير ولا اعتاق عبيده ولا تصرفه لهم إلا بما فيه مصالحهم ولا حظ لها في هذا الإسقاط فلا يصح، وإن قلنا برواية ابن منصور لم يصح إلا بخمس شرائط (أحدها) أن يكون أبا لانه الذي يلي مالها ولا يتهم عليها (الثاني) أن تكون صغيرة ليكون وليا على مالها فان الكبيرة تلي مال نفسها (الثالث) أن تكون بكرأ لتكون غير متبذلة ولانه لا يملك تزويج الثيب وان كانت صغيرة إلا على بعض الوجوه فلا تكون ولايته عليها ثامة (الرابع) أن تكون مطلقة لانها قبل الطلاق معرضة لانلاف البضع (والخامس) أن يكون قبل الدخول لان ما بعده قد أنلف البضع فلا ينفو عن بدل متلف، ومذهب الشافعي على نحو هذا إلا أنه يجعل الجد كالأب

(فصل) ولو مانت امرأة الصغير أو السفيف أو المجنون على وجه يسقط صداقها عنهم مثل أن تفعل

شربة وقد تكون أمها شربة وهي غير شربة وبنبغي أن يعتبر الأقرب فالأقرب فأقرب نساء عصباتها إليها أخواتها ثم عماتها ثم بنات عمها الأقرب فالأقرب ويعتبر أن تكون في مثل حالها في دينها وعملها وجهالها ويسارها وبكرتها وثبوتها وصراحة نسبها وكل ما يختلف لأجله الصداق وإن تكون من أهل بلدها لأن عادة البلاد تختلف في المهر وإنما اعتبرت هذه الصفات كلها لأن مهر المثل إنما هو بدل متلف فاعتبرت الصفات المقصودة فيه فإن لم يكن في عصباتها من هو في مثل حالها فنساء أرحامها كلها وجداتها وخالاتها وبناتهن فإن لم يكن فأهل بلدها فإن لم يكن فنساء أقرب البلدان إليها فإن لم يوجد إلا دونها زيد لها بقدر فضيلتها وإن لم يوجد الأخير منها نقصت بقدر نقصها

(فصل) ولا يجب مهر المثل الا حالا لانه بدل متلف فأشبه قيم المتلفات ولا يكون إلا من نقد البلد لما ذكرنا ولا نلزم الدية لأنها لا تختلف باختلاف صفات المتلف لأنها مقدرة بالشرع فكانت بحكم ما جعل من الحلول والتأجيل فلا يعتبر بها غيرها ولأنها عدل بها عن سائر البدل في من وجبت عليه وكذلك في تأجيلها تخفيفاً عنه بخلاف غيرها فإن كانت عادة نساها تأجيل المهر ففيه وجهان [أحدهما] يفرض حالا لذلك (والثاني) يفرض مؤجلاً لأن مهر مثلها مؤجل وإن كان عادتهم أنهم إذا زوجوا من عشيرتهم خففوا وإن زوجوا غيرهم ثقلوا اعتبر ذلك وهذا مذهب الشافعي فإن قيل فإذا كان مهر المثل بدل متلف يجب أن لا يختلف باختلاف المتلف كسائر المتلفات قلنا النكاح

أمر أنه ما يفسخ نكاحها برضاع من يفسخ نكاحها برضاعه أوردت أو بصفة كطلاق من السفية أو رضاع من أجنبية لم يفسخ نكاحها برضاعه أو نحو ذلك ولم يكن لوليها العفو عن شيء من الصداق رواية واحدة وهذا قول الشافعي ، والفرق بينهم وبين الصغيرة أن وليها أكسبها المهر بتزويجها وهما لم يكسبه شيئاً إنما رجع المهر إليه بالفرقة

(فصل) إذا عفت المرأة عن صداقها الذي لها على زوجها أو عن بعضه أو وهبته إياه بعد قبضه وهي جائزة الأمر في ما لها جاز ذلك وصح بغير خلاف لعنه الله تعالى (إلا أن يعفون) يعني الزوجات . وقال تعالى (فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً) قال أحمد في رواية المروزي ليس بشيء قال الله تعالى (فكلوه هنيئاً مريئاً) أي المهر تنهبه المرأة للزوج ، وقال علقمة لا مرأته هبي لي من الهنيء المريء يعني من صداقها وهل لها أن ترجع فيما وهبت زوجها؟ فيه روايتان عن أحمد واختلاف من أهل العلم ذكرناه فيما مضى

(فصل) إذا طلقت قبل الدخول وتنصف المهر بينهما لم يخل من أن يكون عينا أو ديناً فإن كان ديناً لم يخل إما أن يكون في ذمة الزوج لم يسلمه إليها أو في ذمتها بأن تكون قد قبضته وتصرفت فيه أو تلف في يدها وأياها كان فإن للذي له الدين أن يعفو عن حقه منه بأن يقول عفوت عن حقي من الصداق أو أسقطته أو أبرأتك منه أو ملكتك إياه أو وهبتك أو أحلتك منه أو أنت منه في حل أو

يخالف سائر المتلفات فان سائر المتلفات المقصود بها المايه خاصة فلم تختلف اختلاف المتلفين والنكاح يقصد به أعيان الزوجين فاختلاف باختلافهم ولان سائر المتلفات لا تختلف باختلاف العوائد والمهر يختلف بالعادات فان المرأة اذا كانت من قوم عاداتهم تخفيف مهور نسائهم وحب مهر المرأة منهم خفيفا وان كانت أفضل وأشرف من نساء من عاداتهم تنقبيل المهر وعلى هذا متى كانت عاداتهم التخفيف لمعنى مثل الشرف أو اليسار ونحو ذلك اعتبر جريا على عاداتهم والله أعلم

(فصل) اذا زوج السيد عبده أمته فقال القاضي لا يجب مهر لانه لو وجب لوجب لسيدها ولا يجب للسيد على عبده مال ، وقال أبو الخطاب يجب المسمى أو مهر المثل ان لم يكن مسمى كذا يخلو النكاح عن مهر ثم يسقط للمعذر إثباته

وقال أبو عبد الله إذا زوج عبده من أمته فأحب أن يكون بمهر وشهود قيل فان طلقها؟ قال يكون الصداق عليه إذا أعنت قيل فان زوجها منه بغير مهر؟ قال قد اختلفوا فيه فذهب جابر الى انه جائز

﴿ مسألة ﴾ قال (واذا خلا بها بعد العقد فقال لم أطأها وصدقتها لم يلتفت الى قولهما وكان حكمها حكم الدخول في جميع امورها الا في الرجوع الى زوج طلقها ثلاثا أو في الزنا فانها يجلدان ولا يرجعان)

وجملة ذلك ان الرجل اذا خلا بامرأته بعد العقد الصحيح استقر عليه مهرها ووجبت عليها

تركته لك أي ذلك سقط به المهر وبريء منه الآخر ، وإن لم يقبله لانه إسقاط حق فلم يفتقر إلى قبول كاسقاط القصاص والشفعة والعنف والطلاق ولذلك صح إبراء الميت مع عدم القبول منه ولورد ذلك لم يرد وبريء منه لما ذكرناه ، وإن أحب العفو من الصداق في ذمته لم يصح العفو لانه إن كان في ذمة الزوج فقد سقط عنه بالطلاق ، وإن كان في ذمة الزوجة فلا يثبت في ذمتها الا النصف الذي يستحقه الزوج ، وأما النصف الذي لها فهو حقها تصرف فيه ، وأما يتجدد ملك الزوج للنصف بطلاقه فلا يثبت في ذمتها غيره وأياها أراد تكيل الصداق لصاحبه فانه يتجدد له هبة مبتدأة ، وأما ان كان الصداق عينا في يد أحدهما فعفى الذي هو في يده الآخر فهو هبة له تصح بلفظ العفو والهبة والتاميك ولا تصح بلفظ الإبراء والإسقاط ويفتقر الى القبض فيما يشترط القبض فيه ، وان عفى غير الذي هو في يده صح بهذه الالفاظ وانتقر الى مضي زمان يتأني القبض فيه ان كان الموهوب مما يفتقر الى القبض . وفيه اختلاف ذكرناه في الهبة

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه واذا أبرأت المرأة زوجها من صداقها أو وهبته له ثم طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصفه وعنه لا يرجع بشيء ، وإن ارتدت قبل الدخول فهل يرجع عليها بجميعه؟ على الروايتين اذا أصدق امرأته عينا فوهبها له ثم طلقها قبل أن يدخل بها فعن أحمد فيه روايتان

العدة وإن لم يأت روي ذلك عن الخلفاء الراشدين وزيد وابن عمر وبه قال علي بن الحسين وعروة وعطاء والزهرى والاوزاعي وإسحاق وأصحاب لرأي وهو قديم قول الشافعي ، وقال شريح والشعبي وطاوس وابن سيرين والشافعي في الجديد لا يستقر إلا بلوطه وحكي ذلك عن ابن مسعود وابن عباس وروي نحو ذلك عن أحمد ، روى عنه يعقوب بن بختان أنه قال إذا صدقته المرأة أنه لم يطأها لم يكمل لها الصداق وعليها العدة وذلك أقول الله تعالى [وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم] وهذه قد طلقها قبل أن يمسه ، وقال تعالى (وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض ؟) والافضاء الجمع ، ولأنها مطابقة لم تمس أشبهت من لم يخل بها

ولنا إجماع الصحابة رضي الله عنهم ، روى الامام أحمد والاثرم باسنادهما عن زرة بن أوفى قال قضى الخلفاء الراشدون المهديون أن من أغلق باباً أو أرخى ستراً فقد وجب المهر ووجبت العدة ورواه أيضاً عن الاحنف عن عمر وعلي ، وعن سعيد بن المسيب وعن زيد بن ثابت عليها العدة ولها الصداق كاملاً ، وهذه قضايا تشتهر ولم يخالفهم أحد في عصرهم فكان إجماعاً ، وما روه عن ابن عباس لا يصح قال أحمد برويه ليث وليس بالقوي ، وقد روه حنظلة خلاف ما روه ليث وحنظلة أقوى من ليث ، وحديث ابن مسعود منقطع قاله ابن المنذر ، ولأن التسليم المستحق وجد من جهتها فيستقر به البذل كما لو وطأها أو كما لو أجرت دارها أو باعها وسلمتها وأما قوله تعالى (من قبل أن تمسوهن) فيحتمل أنه كفى بالسبب عن السبب الذي هو الخلوة

(أحدهما) يرجع عليها بنصف قيمتها اختاره أبو بكر وهو أحد قولي الشافعي لأنها عادت إلى الزوج بهقد مستأنف فلا يمنع استحسانها بالطلاق كما لو عادت إليه بالبيع أو وهبها لأجنبي ثم وهبها له (والرواية الثانية) لا يرجع عليها وهو قول مالك والمزني وأحد قولي الشافعي وقول أبي حنيفة إلا أن يزيد العين أو تنقص ثم تبها له لأن الصداق عاداليه فلو لم تبها لم يرجع شيء ، وعقد الهبة لا يقتضي ضماناً ولأن نصف الصداق تعجل إليه بالهبة فإن كان الصداق ديناً فأبرأته منه فإن قلنا لا يرجع ثم فبهنا أولى ، وإن قلنا يرجع ثم خرج ههنا وجهان

(أحدهما) لا يرجع لأن الأبراء إسقاط حق وليس بتملك كتمليك الأعيان ولهذا لا يفتقر إلى قبول ، ولو شهد شاهدان على رجل بدين فأبرأه مستحقه ثم رجع الشاهدان لم يفرما شيئاً ، ولو كان قبضه منه ثم وهبه له ثم رجع الشاهدان غرما

(والثاني) يرجع لأنه عاد إليه بغير الطلاق فهو كالعين والأبراء بمنزلة الهبة ولهذا يصح بإفظها فإن قبضت الدين منه ثم وهبته له ثم طلقها فهو كهيئة العين لأنه تعين بقبضه ، وقال أبو حنيفة يرجع ههنا لأن الصداق قد استوفته كله ثم نصرفت فيه فوجب الرجوع عليها كما لو وهبته أجنياً ، ويحتمل أن لا يرجع لأنه عاد إليه ما صدقها فأشبهه ما لو كان عيناً فقبضتها ثم وهبها ، وإن وهبته العين وأبرأته من

بدايل ما ذكرناه ، وأما قوله (وقد أفضى بعضهم الى بعض) فقد حكى عن الفراء انه قال : الافضاء الخلو دخل بها أو لم يدخل وهذا صحيح فان الافضاء مأخوذ من الفضا وهو الخالي فكأنه قال وقد خلا بعضهم الى بعض ، وقول الخرقى حكمهما حكم الدخول في جميع أمرهما يعني في حكم مالو وطئها من تكميل المهر وجوب العدة وتحريم أخذها وأربع - واما اذا طلقها حتى تنقضي عدتها وثبوت الرجعة له عليها في عدتها ، وقال الثوري وأبو حنيفة لا رجعة له عليها اذا قرأ انه لم يصحبها

ولما قوله تعالى (وبهولتهن أحق برنهن في ذلك) ولانها معتدة من نكاح صحيح لم يفسخ نكاحها ولا كل عدد طلاقا ولا طلقا بعوض فكان له عليها الرجعة كما لو أصابها ، ولها عليه نفقة العدة والسكنى لان ذلك لمن تزوجها عليها الرجعة ولا تثبت بها الا بإحاطة الزوج المطلق ثلاثا لقول النبي ﷺ « أنريدن أن ترجعي الى رفاعة الا حتى تدرقي عسيلته وبذوق عسيلتك » ولا الإحصان لانه يعتبر لايجاب الحد والحدود تدرأ بالشبهات ولا الفسل لان موجبات الفسل خمسة وليس هذا منها ، ولا يخرج به من العنة لان العنة العجز عن الوطء فلا يزول الا بحقيقة الوطء ولا نحصل به الفينة لانها الرجوع عما حلف عليه واما حلف على ترك الوطء ، ولان حق المرأة لا يحصل الا بنفس الوطء ولا تفسد به العبادات ولا تجب به الكفارة

وأما تحريم الرتبة فعن احمد انه يحصل بالخلوة ، وقال القاضي وابن عقيل لا تحرم ، وحمل القاضي

الدين ثم فسخت النكاح بفعل من جهتها كإسلامها أو ردتها أو رضائها لم يفسخ نكاحها ارضاعه ففي الرجوع عليها بجميع الصداق روايتان كما في الرجوع في النصف - و

(فصل) فان أصدقها عبداً فرهبتها ثم طلقها قبل الدخول انبنى ذلك على الروايتين فان قلنا اذا رهبتها الكل لم يرجع بشيء رجعت ههنا في ربه ، وعلى الرواية الاخرى يرجع في النصف الباقي كله لانه وجده بهينه وهذا قول ابو يوسف ومحمد والمزني وقال ابو حنيفة لا يرجع بشيء لان النصف حصل في يده فقد استمحل حقه . وقول الشافعي في أحد أقواله نقولنا

(واثنائي) له نصف النصف الباقي ونصف قيمة المهر

(والثالث) يتخير بين هذا وبين الرجوع بقيمة النصف . ولما أنه وجد نصف ما أصدقها بهينه

فأشبهه مالو لم تهبه شيئا

(فصل) وان خالع امرأته بنصف صدقها قبل الدخول بها صح وصار الصداق كله له نصفه بالطلاق ونصفه بالخلع ويحتمل أن يصير له ثلثه أرباعه لانه اذا خالعها بنصفه مع علمه أن النصف يسقط عنه صار مخالفاً بنصف النصف الذي يقى لها فيصير له النصف بالطلاق والربع بالخلع ، وان خالعها بنصف مثل الصداق في ذمتها صح وصار جميع الصداق له نصفه بالطلاق ونصفه بالمقاصة بما في ذمتها له عوض الخلع ، ولو قالت أخاعني بما تسلم لي من صداقي فقد صح ، وبريء من جميع

كلام أحمد علي أنه حصل مع الخلوة نظرا ومباشرة فيخرج كلامه على إحدى الروايتين في أن ذلك يحرم والصحيح أنه لا يحرم لقول الله تعالى (فان لم تكونوا دخلتم بها فلا جناح عليكم) والدخول كناية عن الوطء والنص صريح في إباحتها بدونه فلا يجوز خللانه

﴿ مسألة ﴾ قال (وسواء خلا بها وهما محرمان أو صائمان أو حائض أو سالمان من هذه الاشياء)

اختلفت الرواية عن أحمد فيما اذا خلا بها وبها أو بأحدهما مانع من الوطء كالاحرام والصيام والحيض والنفاس أو مانع حقيقي كالجب والعنة أو الرتق في المرأة فعنه ان الصداق يستقر بكل حال وبه قال عطاء وابن أبي ليلى والثوري لعموم ما ذكرناه من الاجماع وقال عمر في العنين يؤجل سنة فان هو غشيها والا أخذت الصداق كاملا وفرق بينها وعليها العدة ولان التسليم المستحق عليها قد وجد وانما الحيض والاحرام والرتق من غير جهتها فلا يؤثر في المهر كما لا يؤثر في إسقاط النفقة رروي أنه لا يكمل به الصداق وهو قول شريح وأبي ثور لانه لا يتمكن من تسلمها ألم تستحق عليه مهرها بمنعها كما لو منعت تسليم نفسها اليه يحتق ان المانع من التسليم لافرق بين كونه من أجنبي أو من العاقد كالأجارة وعن أحمد رواية ثالثة ان كانا صائمين صوم رمضان لم يكمل الصداق فان كان غيره كل قال أبو داود

الصداق وكذلك لو قالت اخواني علي أن لا تبعة عليك في المهر صح ويسقط جميعه عنه ، وان خالعت به مثل جميع الصداق في ذمتها صح ويرجع عليها بنصفه لانه يسقط نصفه بالمقاصة بالنصف الذي لها عليه ويسقط عنه النصف يبقى له عليها النصف وان خالعت به صداقها كله فكذلك في أحد الزوجين ، وفي الآخر لا يرجع عليها بشيء لانه لما خالعتها به مع العلم بسقوط نصفه بالطلاق كان مخالعا لها بنصفه ويسقط عنه بالطلاق نصفه لا يبقى لها شيء.

(فصل) واذا أبرأت المفوضة من المهر صح قبل الدخول وبمده وسوا. في ذلك مفوضة البضع ومفوضة المهر وكذلك من سمي لها مهر فاسد كالمهر المجبول لان المهر واجب في هذه المواضع وانما جهل قدره والبراءة من المجبول صحيحة لانها إسقاط نهجت في المجبول. وقل الشافعي لاتصح البراءة في شيء من هذا لان المفوضة لم يجب لها مهر فلا يصح الابراء مما لم يجب غيرها مهرها مجبول والبراءة من المجبول لاتصح الا أن تقول أبرأتك من درهم الى ألف فيبرأ من مهرها اذا كان دون الألف وسوف نذكر الدليل على وجوبه فيما يأتي فيصح الابراء منه كما لو قال أبرأتك من درهم الى ألف فاذا أبرأت المفوضة ثم طلعت قبل الدخول فان قلنا لا يرجع إلى المسمى لها لم يرجع ههنا ، وإن قلنا يرجع ثم احتمل أن لا يرجع ههنا لان المهر كله سقط بالطلاق ورجبت للمنة بالطلاق ابتداء ويحتمل أن يرجع لانه عاد اليه مهرها بسبب غير الطلاق وفيما يرجع به احتمالا (أحدهما) يرجع بنصف مهر المثل

وسمعت أحمد وسئل عن رجل دخل على أهله وهما صائمان في غير رمضان فأغلق الباب وأرخى الستر قال وجب الصداق قيل لأحمد ف شهر رمضان ؟ قال شهر رمضان خلاف لهذا قيل له فكأن مسافراً في رمضان قال هذا مفطر يعني وجب الصداق ، وهذا يدل على أنه متى كان المانع متأكدا كالأحرام وصوم رمضان لم يكمل الصداق

وقال القاضي إن كان المانع لا يمنع دواعي الوطء كالجب والعنة والرتق والمرض والحيض والنفاس وجب الصداق وإن كان يمنع دواعيه كالأحرام وصيام الفرض فعلى روايتين ، وقال أبو حنيفة : إن كان المانع من جهتها لم يستقر الصداق وإن كان من جهته صيام فرض أو أحرام لم يستقر الصداق ، وإن كان جيباً أو عنة كل الصداق لأن المانع من جهته وذلك لا يمنع وجود التسليم المستحق منها فكل حقها كما يلزم الصغير نفقة امرأته إذا سلمت نفسها إليه

(فصل) وإن خلا بها وهي صغيرة لا يمكن وطؤها أو كانت كبيرة فنعمته نفسها أو كان أعمر فلم يعلم بدخولها عليه لم يكمل صداقها نص عليه أحمد في المكفوف يتزوج المرأة فأدخلت عليه فأرخى الستر وأغلق الباب ، فإن كان لا يعلم بدخولها عليه فلها نصف الصداق وأوماً إلى أنها إذا نكحت عليه أو منعته نفسها لا يكمل صداقها ، وذكره ابن حامد وذلك لأنه لم يوجد التمكن من جهتها فأشبهه مالو

لأنه الذي وجب بالعقد فهو نصف المفروض (والثاني) يرجع بنصف المنعة لأنها التي تجب بالطلاق فأشبهت المسمى

(فصل) فإن أبرأته المفوضة من نصف صداقها ثم طلقها قبل الدخول فلا متعة لها لأن المتعة قائمة مقام نصف الصداق وقد أبرأته منه فصار كما لو قبضته ويحتمل أن يجب لها نصف المتعة إذا قلنا أنه لا يرجع عليها بشيء إذا أبرأته من جميع صداقها .

(فصل) إذا باع رجل عبداً بمائة ثم أبرأه البائع من الثمن أو قبضه ثم وهبه إياه ثم وجد المشتري بالعبد عيباً فهل له رد المبيع والمطالبة بالثمن أو أخذ ارش العيب مع أمساكه ؟ على وجهين بناء على الروايتين في الصداق إذا وهبته المرأة لزوجها ثم طلقها قبل الدخول ، وإن كانت بحالها فوهب المشتري العبد للبائع ثم أفلس المشتري والثن في ذمته فللبائع أن يضرب بالثن مع الغرماء وجهاً واحداً لأن الثمن ماعاد منه إلى البائع وكذلك كان يجب إداؤه إليه قبل الفلوس بخلاف التي قبها ، ولو كاتب عبداً ثم أسقط عنه مال الكتابة بريء وعق ولم يرجع على سيده بالقدر الذي كان يجب على السيد أن يؤتيه إياه وكذلك لو أسقط عنه القدر الذي يلزمه إيتاؤه إياه واستوفى الباقي لم يلزمه أن يؤتيه شيئاً لأن إسقاطه عنه يقوم مقام الإتياء ، وخرجه بعض أصحابنا على وجهين بناء على الروايتين في الصداق ولا يصح لأن المرأة أسقطت الصداق الواجب لها قبل وجود سبب استحقاق

(المغني والشرح الكبير)

(٩)

(الجزء الثامن)

لم يخل بها وكذلك ان خلا بها وهو طفل لا يتمكن من الوطء لم يكمل الصداق لانه في معنى الصغيرة في عدم التمكن من الوطء.

(فصل) والخلو في النكاح الفاسد لا يجب بها شيء من المهر لان الصداق لم يجب بالعقد وانا يوجب الوطء ولم يوجد ولذلك لا ينصف بالاطلاق قبل الدخول فأشبه ذلك الخلو بالأجنبية وقد روي عن أحمد ما يدل على أن الخلو فيه كالخلو في الصحيح لان الابتداء بالخلو فيه كالا ابتداء بذلك في النكاح الصحيح فيتقرر به المهر كالمهر صحيح والاولى أولى

(فصل) فان استمتع بامرأته بمباشرة فيما دون الفرج من غير خلوة كالقبلة ونحوها فأنه موص عن أحمد انه يكمل به الصداق فانه قال إذا أخذها ففسها وقبض عليها من غير أن يخلو بها لها الصداق كاملا إذا نال منها شيئا لا يخل أخيره ، وقال في رواية منها : إذا زوج امرأة ونظر إليها وهي عريانة تغتسل أوجب عليه المهر ، ورواه عن إبراهيم : إذا اطلع منها على ما يحرم على غيره فعليه المهر لانه نوع استمتاع فهو كالقبلة . قال القاضي يحتمل ان هذا ينبغي على ثبوت تحريم المصاهرة بذلك وفيه روايتان فيكون في تكميل الصداق به وجهان (أحدهما) يكمل به الصداق لما روى الدارقطني عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان قال قال رسول الله ﷺ « من كشف خمار امرأة ونظر إليها وجب الصداق دخل بها أو لم يدخل » ولانه ميسر فيدخل في قوله (من قبل أن تمسوهن) ولانه استمتاع بامرأته فكمل به الصداق كالوطء

[والوجه الآخر] لا يكمل به الصداق وهو قول اكثر الفقهاء لان قوله تعالى (تمسوهن)

الزوج عليها نصفه وههنا أسقط السيد عن المسكاتب ما وجد بسبب آياته اياه فقام اسقاطه مقام آياته ولهذا لو قبضه السيد منه ثم آتاه اياه لم يرجع عليه بشيء ، ولو قبضت المرأة صداقها أو وهبته لزوجها ثم طلقها قبل الدخول رجع عليها فافترقا .

(فصل) ولا يبرأ الزوج من الصداق الا بتسليمه الى من يتسلم مالها فان كانت رشيدة لم يبرأ الا بالتسليم اليها أو الى وكيلها ولا يبرأ بالتسليم الى أبيها ولا الى غيره بكرأ كانت أو ثيباً قال أحمد اذا أخذ مهر ابنته فأنكرت فذلك لها ترجع على زوجها بالمهر ويرجع الزوج على أبيها فقيل له أليس قال النبي ﷺ « أنت ومالك لأبيك » قال نعم ولكن هذا لم يأخذ منها انما يأخذ من زوجها وهذا مذهب الشافعي ، وقال أبو حنيفة له قبض صداق البكر دون الثيب لان ذاك العادة ولان البكر تستحي فقام أبوها مقامها كما قام مقامها في تزويجها .

ولنا أنها رشيدة فلم يكن لغيرها قبض صداقها كالثيب أو عوض ملكته وهي رشيدة فلم يكن لغيرها قبضه بغير اذنها كسمن مبيعها ، وان كانت غير رشيدة سلمه الى وليها في مالها من أبيها أو وصيه من الحاكم لانه من جملة أموالها فهو كاجرة دارها .

انما أريد به في الظاهر الجماع ومقتضى قوله (وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن) أن لا يكمل الصداق لغير من وطئها ، ولا تجب عليها العدة ترك محرمه فيمن خلا بها للاجماع الوارد عن الصحابة فيبقى فيما عداه على مقتضى العموم

(فصل) إذا دفع زوجته فأذهب عذرتها ثم طلقها قبل الدخول فليس عليه إلا نصف صداقها ، وقال أبو يوسف ومحمد عليه الصداق كاملا لأنه أذهب عذرتها في نكاح صحيح فكان عليه المهر كاملا كالأوطئ وطئها ولنا قول الله تعالى (وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم) وهذه مطلقة قبل المسيس فاشبه ما لو لم يدفعها ولأنه أنف ما يستحق أنفائه بالعقد فلم يضمه لغيره كما لو أنف عذرة أمته ، ويتخرج أن يجب لها الصداق كاملا لأن أحمد قال إن فعل ذلك أجنبي عليه الصداق فنيها إذا فعله الزوج أولى فإن ما يجب به الصداق ابتداء أحق بتقرير المهر ونص أحمد فيمن أخذ امرأته وقبض عليها وفيمن نظرا إليها وهي عريانة عليه الصداق كاملا فهذا أولى

(فصل) وإن دفع امرأة أجنبية فأذهب عذرتها أو فعل ذلك باصبعه أو غيرها فقال أحمد لها صداق نساها وقال إن تزوج امرأة عذراء فدفعها هو وأخوه فأذهب عذرتها ثم طلقها قبل الدخول فعلى الزوج نصف الصداق وعلى الأخ نصف العقد وروي نحو ذلك عن علي وابنه الحسن وعبد الله بن معقل وعبد الملك بن مروان وقال الشافعي ليس عليه إلا ارش بكارتها لأنه أنف جزء لم يرد الشرع

(مسألة) (وكل فرقة جاءت من قبل الزوج قبل الدخول كطلاقه وخلافه وإسلامه وردته أو من أجنبي كالرضاع ونحوه يتصف بها المهر بينهما)
 أقول الله تعالى (وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم) ثبت في الطلاق وقسنا عليه سائر ما استقل به الزوج ، وأما فرقة الأجنبي كالرضاع ونحوه تسقط نصف المهر ويجب نصفه أو المتعة لغير من سمي لها ثم يرجع الزوج على من فسخ النكاح إذا جاء الفسخ من قبل أجنبي لأنه قرر عليه ، وإن قتلت المرأة استقر المهر جميعه لأنها فرقة حصص الموت واثبتها النكاح أشبه ما لو ماتت حتف أنفها سواء قتلها زوجها أو أجنبي أو قتلت نفسها أو قتل الأمة سيدها وإن طلق الحاكم على الزوج في الأيلا فهو كطلاقه لأنه قام مقامه في إيفاء الحق عند امتناعه منه

(مسألة) (وكل فرقة جاءت من المرأة قبل الدخول كإسلامها أو ردتها أو رضاعها من يفسخ النكاح برضاعه أو ارتضاعها وهي صغيرة أو فسخها لمتته وأعساره أو فسخه لغيرها أو فسخها لعقها تحت عبد فإنه يسقط به مهرها ولا تجب المتعة لأنها أنف العوض قبل تسليمه فسقط البذل كله كالبائع يتألف المبيع قبل تسليمه)

(مسألة) (وفرقة لهما نخرج على روايتين) [إحداهما] هي كطلاقه لأن سبب اللعان قد فيه

بتقدير عوضه فرجع في ديته الى الحكومة كسائر ما لم يقدر ولانه اذا لم يكمل به الصداق في حق الزوج
ففي حق الاجنبي اولى

ولنا ما روى سعيد قال حدثنا هشيم حدثنا مغيرة عن ابراهيم أن رجلا كانت عنده يتيمة فحافت
امرأته أن يتزوجها فاستعانت بنسوة فضبطنها لها فافسدت عذرتها وقالت لزوجها انها فحرت فاخبر عليها
رضي الله عنه بذلك فارسل علي الى امرأته والنسوة فلما أتته لم يلبثن أن اعترفن بما صنعن فقال للحسن
ابن علي انض فيها يا حسن فقال الحد على من قدفها والعقر عليها وعلى الممسكات فقال علي : لو كلفت
الابل طحننا لطحنت وما يطحن يومئذ بعير . وقال حدثنا هشيم قال ثنا اسماعيل بن سالم حدثنا الشعبي
أن جواربي أربعا قالت احداهن هي رجل وقالت الاخرى هي امرأة وقالت الثالثة هي ابنة التي زعمت
أنها رجل وقالت الرابعة هي ابنة التي زعمت أنها امرأة فخطبت التي زعمت أنها ابنة الرجل الى التي زعمت
أنها ابنة المرأة فزوجوها اياها فعمدت اليها فافسدتها باصبعها فرفع ذلك الى عبد الملك بن مروان فجعل
الصداق بينهما أرباعا والغي حصه التي أمكنت من نفسها فبلغ عبد الله بن معقل فقال لو وليت انا لجعلت
الصداق على التي أفسدت الجارية وحدها، وهذه قصص تنشر فلم تنكر فكانت اجماعا ولان انلاف
العذرة مستحق بعقد النكاح فاذا اتلفه أجنبي وجب المهر كنفعة البضع

الصادر منه فأشبهه الخلع (والثانية) يسقط به مهرها لان الفسخ عقب لعانها فهو كفسخها اعليه

﴿ مسألة ﴾ (وفي فرقة بيع الزوجة من الزوج وشرائها لوجهان)

إذا اشترت المرأة زوجها فبيع زوجها [أحدها] يتنصف به مهرها ، لان البيع الموجب للفسخ ثم بالبيد
وبالمرة ، فأشبهه الخلع (والثاني) يسقط به المهر لان الفسخ وجد عقيب قبولها فأشبهه فسخها اعليه وكذلك
شراء الزوج امرأته وان جعل لها الخيار فاختارت نفسها أو وكأها في الطلاق نطقت نفسها فهو كطلاقه
لا يسقط مهرها لان المرأة وان باشرت الطلاق فهي نائبة عنه ووكيله عنه وفعل الوكيل كفعل الموكل
فكان صدره عن مباشرته ، وان عاق طلاقها على فعل من قبلها لم يسقط مهرها لان السبب منه وجد وإنما
هي حققت شرطه والحكم ينسب إلى صاحب السبب

﴿ مسألة ﴾ (وفرقة المهرت يستقر بها المهر كله ، كالدخل إذا كان المهر مسمى)

وفي المفوضة اختلاف نذكره في مواضعه ان شاء الله تعالى ولو قتلت نفسها أو قتلتا غيرها فهو كالمرت
حنف أنها لأنها فرقة حصلت بانقضاء الاجل وأثبتها النكاح فهو كمرتها حنف أنها

﴿ فصل ﴾ قال رضي الله عنه (وإذا اختلف الزوجان في قدر الصداق فالقول قول الزوج مع
يمينه وعنه القول قول من يدعى مهر المثل منها)

إذا اختلف الزوجان في قدر الصداق ولا بينة لهما فقد اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في ذلك
فروي عنه أن القول قول الزوج بكل حال ، وهذا قول الشعبي وابن أبي ليلى وابن شبرمة وأبي ثور

﴿مسئلة﴾ قال (والزوج هو الذي بيده عقدة النكاح فاذا طلق قبل الدخول فايهما عفا لصاحبه عما وجب له من المهر وهو جائز الامر في ماله برىء منه صاحبه)

اختلف اهل العلم في الذي بيده عقدة النكاح فظاهر مذهب احمد رحمه الله أنه الزوج روي ذلك عن علي وابن عباس وجبير بن مطعم رضي الله عنهم وبه قال سعيد بن المسيب وشريح وسعيد ابن جبير ونافع بن جبير ونافع مولى ابن عمر ومجاهد واياس بن معاوية وجابر بن زيد وابن سيرين والشعبي والثوري واسحاق وأصحاب الرأي والشافعي في الجديد وعن أحمد أنه اولى اذا كان ابا الصغيرة وهو قول الشافعي القديم اذا كان ابا أو جداً . وحكى عن ابن عباس وعلقمة والحسن وطاوس والزهرى وربيعة ومالك أنه اولى لان الولي بعد الطلاق هو الذي بيده عقدة النكاح اكونها قد خرجت عن يد الزوج ولان الله تعالى ذكر عفو النساء عن نصيبن فينبغي أن يكون عفو الذي بيده عقدة النكاح عنه ليكون المأفوف عنه في الموضعين واحداً ولان الله تعالى بدأ بخطاب الأزواج على المواجهة بقوله (وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن — ثم قال — أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح) وهذا خطاب غير حاضر . ولما روى الدارقطني بإسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ أنه قال ولي العقدة الزوج ولان الذي بيده عقدة النكاح بعد العقد هو الزوج فانه

وبه قال أبو يوسف إلا أن يدعي مستنكراً وهو أن يدعى مهرأ لا يتزوج بمثله في العادة لانه منكراً للزيادة ومدعى عليه فيدخل في عموم قوله عليه الصلاة والسلام «ولكن اليمين على المدعى عليه» وروي عنه أن القول قول من يدعى مهر المثل فاذا ادعت المرأة مهر المثل أو أقل منه قال قولها وان ادعى الزوج مهر المثل أو أكثر قال قول قوله وهذا قال أبو حنيفة وهو الذي ذكره الحرقى وعن الحسن والنخعي ومحمد بن أبي سليمان وأبي عبيد نحوه

﴿مسئلة﴾ (فان ادعى أقل منه وادعت أكثر منه رد اليه بلا يمين عند القاضي في الاحوال كلها لان الظاهر قول من يدعى مهر المثل فكان القول قوله قياساً على المنكر في سائر الدعاوى وعلى المودع إذا ادعى التلف أو الرد ، وقال أبو الخطاب تجب اليمين لانه اختلاف فيما يجوز بذله فتشترع فيه اليمين كسائر الدعاوى في الاموال ، وقال القاضي لا تشترع اليمين في الاحوال كلها لانها دعوى في النكاح ، والأولى أن يتحالفان ما يقوله كل واحد منهما يحتمل الصحة فلا يدل عنه الا يمين كسائر الدعاوى ، ولانها تساوي في عدم الظهور فيشرع التحالف كما لو اختلف المتبايعان وهذا قول أبي حنيفة وقال الشافعي يتحالفان ، فان حاف أحدهما ونكل الآخر ثبت ما قاله وان حلفا وجب مهر المثل وبه قال الثوري قياساً على المتبايعين إذا اختلفا في الثمن وقال مالك ان كان الاختلاف قبل الدخول تمحلتا وفسخ النكاح وان كان بعده فاقول قول الزوج وبناه على أصله في المبيع فانه يفرض

يمكن من قطعه وفسخه وإمساكه وليس إلى الولي منه شيء، ولأن الله تعالى قال (وأن تعفو أقرب للتقوى) والعفو الذي هو أقرب إلى التقوى هو عفو الزوج عن حقها، أما عفو الولي عن مال المرأة فليس هو أقرب إلى التقوى، ولأن المهر مال للزوجة فلا يملك الولي هبته واسقاطه كغيره من أموالها وحقوقها وكسائر الأولياء، ولا يمنع العدول عن خطاب الحاضر إلى خطاب الغائب كقوله تعالى (حتى إذا كنتم في الفلك وجرين بهم بريح طيبة) وقال تعالى (قل أطيعوا الله وأطيعوا الرسول فإن تولوا فإنما عليه ماحل وعليكم ما حلتهم) فعلى هذا متى طلق الزوج قبل الدخول تنصف المهر بينهما فإن عفا الزوج لها عن النصف الذي له كمل لها الصداق جميعه وإن عفت المرأة عن النصف الذي لها منه وتركت له جميع الصداق جاز إذا كان العافي منها رشيدا جائزا تصرف في ماله وإن كان صغيراً أو سفيفاً لم يصح عفو له لأنه ليس له التصرف في ماله بهبة ولا إسقاط ولا يصح عفو الولي عن صداق الزوجة إذا كان أو غيره صغيرة كانت أو كبيرة نص عليه أحمد في رواية الجماعة وروى عنه ابن منصور إذا طلق امرأته وهي بكر قبل أن يدخل بها فعفا أبوها أو زوجها ما أرى عفو الأب الجائز قال أبو حفص ما أرى ما نقله ابن منصور إلا قولاً لابي عبد الله قديماً، وظاهر قول أبي حفص أن المسئلة رواية واحدة وأن أبا عبد الله رجع عن قوله بجواز عفو الأب وهو الصحيح لأن مذهبه أنه لا يجوز للأب إسقاط ديون ولده الصغير ولا اعتاق عبيده ولا تصرفه له إلا بما فيه مصلحته ولا حظ لها في هذا الإسقاط فلا يصح

في التحالف قبل القبض أو بعده لأنها إذا سلمت نفسها بغير إيجاب فقد رضيت بامتناعه، ووجه قول من لا يرى التحالف أنه عقد لا يفسخ بالتحالف فلا يشرع فيه كالعفو عن دم العمد ولأن القول بالتحالف ينفي إلى إيجاب أكثر مما يدعيه أو أقل مما يقر لها به فانها إذا كان مهر مثلها مائة فادعت ثمانين وقال هو بل هو خمسون أو جب لها عشرين يتفقان على أنها خير واجبة ولو ادعت مائتين وقال هو بل مائة وخمسون ومهر مثلها مائة فقد أسقط خمسين يتفقان على وجوبها ولأن مهر المثل إن لم يوافق دعوى أحدهما لم يحز إيجاباً لاتفاقهما على أنه غير ما أوجبه العقد وإن وافق قول أحدهما فلا حاجة في إيجابه إلى عين من بنفيه لأنها لا تؤثر في إيجابه، وفارق البيع لأنه يفسخ بالتحالف ويرجع كل واحد منهما في ماله، وما ادعاه مالك من أنها استأمنته لا يصح فانها لم تجعله أميناً ولو كان أميناً لما لوجب أن تكون أمانة حين لم يشهد عليها على أنه لا يلزم من الاختلاف عدم الأشهاد لأنه قد يكون بينهما بينة فيموت أو يغيب أو ينسى الشهادة. إذا ثبت هذا فكل من قلنا القول قوله فهو مع يمينه لأنه اختلاف فيما يجوز بذله فتشعر فيه ليمين كسائر الدعاوي لما ذكرنا من الحديث

مسئلة (وإن قال تزوجتك على هذا العبد قالت بل على هذه الأمة خرج على الروايتين)

فإن كانت قيمة العبد مهر المثل أو أكثر وقيمة الأمة فوق ذلك حلف الزوج ووجب لها قيمة العبد لأن قوله يوافق الظاهر ولا يجب عين العبد لئلا يدخل في ما كرها ما تنكره، وإن كانت قيمة الأمة مهر

وإن قلنا برواية ابن منصور لم يصح إلا بخمس شرائط: أن يكون أباً لانه الذي يلي مالها ولا يتهم عليها (الثاني) أن تكون صغيرة ليكون ولياً على مالها فإن الكبيرة تلي مال نفسها (الثالث) أن تكون بكرًا لتكون غير مبتذلة ولانه لا يملك تزويج الثيب وإن كانت صغيرة فلا تكون ولا يتهم عليها تامة (الرابع) أن تكون مطلقة لأنها قبل الطلاق عرضة لاتلاف البضع (الخامس) أن تكون قبل الدخول لأن ما بعده قد أُلِف البضع فلا يعفو عن بدل متلف ومذهب الشافعي على نحو من هذا إلا أنه يحمل الجد كالأب

(فصل) ولو بانّت امرأة الصغير أو السفية أو المجنون على وجه يسقط صداقها عنهم مثل أن تفعل امرأته ما يفسخ به نكاحها من رضاع من يفسخ نكاحها برضاعه أو ردة أو بصفة لطلاق من السفية أو رضاع من أجنبية لمن يفسخ نكاحها برضاعه أو نحو ذلك لم يكن لوليهم العفو عن شيء من الصداق رواية واحدة، وكذلك لا يجوز عند الشافعي قولاً واحداً والفرق بينهم وبين الصغير أن وليها اكتسبها المهر بتزويجها وهما لم يكسبه شيئاً إنما رجم المهر اليه بالفرقة

(فصل) وإذا عفت المرأة عن صداقها الذي لها على زوجها أو عن بعضه أو هبته له بعد قبضه وهي جائزة الأمر في مالها جاز ذلك وصح ولا نعلم فيه خلافاً لقول الله تعالى (الأن يعنون) يعني الزوجات وقال تعالى (فإن طبن لسنك عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً) قال أحمد في رواية المروذي ليس شيء قال الله تعالى (فكلوه هنيئاً مريئاً) معناه غير المهر تهبه المرأة للزوج وقال علقمة لامرأته هيئي لي من الهنيء المريء يعني من صداقها، وهل لها الرجوع فيما رهبته زوجها؟ فيه عن أحمد روايتان واختلاف بين أهل العلم ذكرناه فيما مضى

المثل أو أقل وقيمة العبد أقل من ذلك فالقول قول الزوجة مع يمينها وهل تجب الامة أو قيمتها؟ فيه وجهان (أحدهما) تجب عنها لانتا قبلنا قولها في القدر فكذلك في العين فأوجبناه وليس في ذلك ادخال ما تنكره في ملكها (والثاني) يجب لها قيمتها لأن قولها إنما وافق الظاهر في القدر لا في العين فأوجبنا لها ما وافق الظاهر فيه، وإن كان كل واحد منهما قدر مهر المثل أو كان العبد أقل من مهر المثل والامة أكثر منه وجب مهر المثل بالتحالف وظاهر قول القاضي ومن وافقه أن اليمين لا تشرع في هذا كله والله أعلم

(فصل) إذا أنكر الزوج صداق امرأته وادعت ذلك عليه فالقول قولها فيما يوافق مهر مثلاً سواء ادعى أنه وفاها أو أبرأته منه أو قال لا تستحق علي شيئاً وسواء في ذلك ما قبل الدخول وبعده وبه قال سعيد بن جبير والشعبي وابن شبرمة وابن أبي ليلى والثوري والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي، وحكي عن الفقهاء السبعة أنهم قالوا إن كان بعد الوفاة فالقول قول الزوج والدخول بالمرأة يقطع الصداق وبه قال مالك قال أصحابه إنما قال ذلك إذا كانت العادة تعجيل الصداق كما كان بالمدينة أو كان الخلاف فيما تعجل منه في العادة لأنها لا تسلم نفسها في العادة إلا بقبضه فكان الظاهر معه

ولنا قول النبي ﷺ «اليمين على المدعى عليه» ولانه ادعى تسليم الحق الذي عليه فلم يقبل بغير يمينه كما لو ادعى تسليم الثمن أو كما قبل الدخول

(فصل) إذا طلقت قبل الدخول وتنصف المهر بينهما لم يخل من أن يكون ديناً أو عيناً فإن كان ديناً لم يخل إما أن يكون ديناً في ذمة الزوج لم يسلمه إليها أو في ذمتها بأن تكون قد قبضته وتصرفت فيه أو تلف في يدها وأيهما كان فإن للذي له الدين أن يعفو عن حقه منه بأن يقول عفوت عن حقي من الصداق أو أسقطته أو أبرأتك منه أو ملكتك إياه أو وهبتك أو أحلتك منه أو أنت منه في حل أو تركته لك وأي ذلك قال سقط به المهر وبريء منه الآخر، وإن لم يقبله لأنه إسقاط حق فلم يفتقر إلى قبول كاسقاط القصاص والشفعة والعنق والطلاق ولذلك صح إبراء الميت مع عدم القبول منه ولو رد ذلك لم يرد وبريء منه لما ذكرناه، وإن أحب العفو من الصداق في ذمته لم يصح العفو لأنه إن كان في ذمة الزوج فقد سقط عنه بالطلاق، وإن كان في ذمة الزوجة فلا يثبت في ذمتها إلا النصف الذي يستحقه الزوج، وأما النصف الذي لها فهو حقها تصرفت فيه فلم يثبت في ذمتها منه شيء، ولأن الجميع كان مملوكاً لها تصرفت فيه، وإنما يتجدد ملك الزوج للنصف بطلاقه فلا يثبت في ذمتها غير ذلك وأيهما أراد تكميل الصداق لصاحبه فإنه يجدد له هبة مبتدأة، وأما إن كان الصداق عيناً في يد أحدهما فعن الذي هو في يده للآخر فهو هبة له تصح بإظافته والعفو والهبة والتبليك ولا تصح باللفظ الإبراء والاستقاط ويفتقر إلى القبض فيها يشترط لقبض فيه، وإن عفا غير الذي هو في يده صح هذه الألفاظ وافتقر إلى مضي زمن يتأخر القبض فيه إن كان الموهوب مما يفتقر إلى القبض

(فصل) فإن دفع إليها الفأثم اختلفا فقال دفعته إليك صداقاً وقالت بل هبة فإن اختلفا ببينة فقالت قصدت الهبة فقال بل قصدت دفع الصداق فالقول قول الزوج بغير عيب لأنه أعلم ببينته ولا تطلع المرأة عايناً، وإن اختلفا في لفظه فقالت قد قاتت هدي هبة أو هدية فأنكرها فالقول قوله مع يمينه لأنها تدعي عليه عقداً على ماله وهو يشكره فأشبهه ما لو ادعت عليه بيع ماله لها لكن إن كان المدفوع من غير جنس الواجب عليه كأن أصدقها دراهم فدفع إليها عرضاً ثم اختلفا وحلف أنه دفع إليها ذلك من صداقها فللمرأة رد العوض ومطالبته بصداقها قال أحمد في رواية الفضل بن زياد في رجل تزوج امرأة على صداق ألف فبعث إليها بقميصه متاعاً وثياباً ولم يخبرهم أنه من الصداق فلما دخل سألتها الصداق فقال لها قد بعثت إليك بهذا المتاع واحتسبته من الصداق فقالت المرأة صدقي دراهم ترد اثني عشر والمتاع وترجع إليه بصداقها، فهذه الرواية إذا لم يخبرهم أنه صدق، فأما إذا ادعى أنها احتسبت به من الصداق وادعت المرأة أنه قال هي هبة فينبغي أن يخلف كل واحد منهما ويتراجعان بما لكل واحد منهما وحكي عن مالك أنه إن كان مما جرت العادة بهديته كالثوب والخاتم فالقول قولها لأن الظاهر معها والافقوال قوله

ولنا أنها اختلفا في صفة انتقال ماله فكان القول قول المالك كما لو قال أودعته هذه العين قالت بل وهبتها .

(فصل) إذا أصدق امرأته عينا فوهبتها له ثم طافها قبل الدخول بها فعن أحمد فيه روايةان (إحداهما) يرجع عليها بنصف قيمتها وهو اختيار أبي بكر وأحد قولي الشافعي لأنها عادت إلى الزوج بمقدار مستأنف فلا تمنع استحقاقها بالطلاق كما لو عادت إليه بالبيع أو وهبتها لأجنبي ثم وهبتها له والرواية الثانية) لا يرجع عليها وهو قول مالك والمزني وأحد قولي الشافعي وهو قول أبي حنيفة إلا أن يزيد العين أو تنقص ثم تهبها له لأن الصداق عاد إليه ولو لم تهبه لم يرجع بشيء وعقد الهبة لا يقتضي ضمانا ولأن نصف الصداق تعجل له بالهبة فإن كان الصداق ديننا فأبرأته منه فإن قلنا لا يرجع ثم فهبتها أولى ، وإن قلنا يرجع ثم خرج ههنا وجهان (أحدهما) لا يرجع لأن الأبراء إسقاط حق وليس بتمليك كتمليك الأعيان ولهذا لا ينفق على قبول . ولو شهد شاهدان على رجل بدين فأبرأه مستحقته ثم رجع الشاهدان لم يغرما شيئا ولو كان قبضه منه ثم وهبه له ثم رجع الشاهدان غرما (والثاني) يرجع لأنه عاد إليه بغير الطلاق فهو كالعين ، والأبراء بمنزلة الهبة ولهذا يصح بلفظها ، وإن قبضت الدين منه ثم وهبته له ثم طافها فهو كهيئة العين لأنه تعين بتبضعا ، وقال أبو حنيفة يرجع ههنا لأن الصداق قد استوفته كله ثم نصرفت فيه فوجب الرجوع عليها كما لو وهبته أجنبيا ، ويحتمل أن لا يرجع لأنه عاد إليه ما أصدقها فأشبهه مالو كان عينا فتبضعتها ثم وهبتها أو وهبته العين أو أبرأته من الدين ثم فسخت النكاح

(فصل) فإن مات الزوجان فاختلفت ورثتهما فام ورثة كل واحد منهما مقامه إلا أن من يحلف منهم على الاثبات يحلف على البت ومن يحلف على النفي يحلف على نفي العلم لأنه يحلف على نفي فعل الغير وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة إن مات أحد الزوجين فكذلك وإن مات الزوجان فادعى ورثة المرأة التسمية وأنكرها ورثة الزوج جملة لم يحكم عليهم بشيء قال أصحابه إنما قال ذلك إذا تقدم العهد لأنه تعذر الرجوع إلى مهر المثل لأنه تعتبر فيه الصفات والاوقات وقال محمد بن الحسن يقضى بمهر المثل وقال زفر بعشرة دراهم لأنه أقل الصداق .

ولما أن ماختلف فيه المتعاقدان فام ورثتهما مقامهما كالميتييعين وما ذكره ليس بصحيح لأن الحق لا يسقط لتقدم العهد ولا يتعذر الرجوع في ذلك كقيم سائر المتلفات

(فصل) فإن اختلف الزوج وأبو الصغيرة والجنونة قام الأب مقام الزوجة في اليمين لأنه يحلف على فعل نفسه ولأن قوله مقبول فيما اعترف به من الصداق فسمعت يمينه كما لزوجة فإن لم يحلف حتى بلغت وعقلت فاليمين عليها دونه لأن الحق لها وأنا يحلف هو لتعذر اليمين من جهتها فإذا أمكن في حقها صارت اليمين عليها كالوصي إذا بلغ الأطفال قبل يمينه فيما يحلف فيه فأما في البكر البالغة العاقلة فلا تسمع مخالفة الأب لأن قولها مقبول في الصداق والحق لها دونه وأما سائر الأولياء فليس لهم تزويج صغيرة إلا على رواية في بنت تسع وليس لهم أن يزوجوا بدون مهر المثل ولو زوجوها

بفعل من جهتها كسلامها أو ردتها أو ارضاعها لمن يفسخ نكاحها برضاعه في الرجوع بجميع الصداق عليها روايتان كما في الرجوع بالنصف سواء

(فصل) وان أصدقها عبداً فوهبته نصفه ثم طلقها قبل الدخول انبنى ذلك على الروايتين فان قلنا اذا وهبته الكل لم يرجع بشيء رجع منها في ربهه ، وعلى الرواية الاخرى يرجع في النصف الباقي كله لانه وجده بعينه وبهذا قال ابو يوسف ومحمد والمزني ، وقال ابو حنيفة لا يرجع بشيء لان النصف حصل في يده فقد استعجل حته ، وقال الشافعي في أحد أقواله كقولنا (والثاني) له نصف النصف الباقي ونصف قيمة الموهوب والثالث يتخير بين هذا وبين الرجوع بقيمة النصف ولما أنه وجد نصف ما أصدقها بعينه فأشبهه ما لو لم تهبه شيئاً

(فصل) فان خالم امرأته بنصف صداقها قبل دخوله بها صح وصار الصداق كله له نصفه بالطلاق ونصفه بالخلع ويحتمل أن يصير له ثلاثة أرباعه لانه إذا خالمها بنصفه مع علمه أن النصف يسقط عنه صار مخالماً بنصف النصف الذي يبقى لها فيصير له النصف بالطلاق والربع بالخلع وان خالمها بمثل نصف الصداق في ذمتها صح وسقط جميع الصداق نصفه بالطلاق ونصفه بالمقاصة بما في ذمتها له من عرض الخلع ولو قالت له اخلعني بما تسلم لي من صداقي ففعل صح ويرى من جميع الصداق وكذلك إن قالت اخلعني على أن لا تبعه عليك في المهر صح وسقط جميعه عنه ، وان خالعت بمثل جميع الصداق في ذمتها صح ويرجع عليها بنصفه لانه يسقط نصفه بالمقاصة بالنصف الذي لها عليه ويسقط عنه النصف بالطلاق يبقى له عليها

بدون مهر المثل ثبت مهر المثل من غير يمين فان ادعى أنه زوجها بأكثر من مهر مثالي فاليمين على الزوج لان القول قوله في قدر مهر المثل

(فصل) إذا أنكر الزوج تسمية الصداق وادعى أنه تزوجها بغير صداق فان كان بعد الدخول نظرنا فان ادعت المرأة مهر المثل أو دونه وجب من غير يمين لأنها لو صدقته في ذلك لوجب مهر المثل فلا فائدة في الاختلاف وإن ادعت أقل من مهر المثل فهي مقرة بنقصها عما يجب لها بدعوى الزوج فيجب ان يقبل قولها بغير يمين وان ادعت أكثر من مهر المثل لزمته اليمين على نفي ذلك ويجب لها مهر المثل وإن كان اختلافاً قبل الدخول انبنى على الروايتين فيما إذا اختلفا في قدر الصداق فان قلنا القول قول الزوج فاما المتعة وإن قلنا القول قول من يدعي مهر المثل قبل قولها ما ادعت مهر المثل هذا إذا طلقها وإن لم يطلقها فرض لها مهر المثل على الروايتين وكل من قلنا القول قوله فعليه اليمين .

(مسئلة) (وإن اختلفا في قبض الصداق فالقول قولها مع يمينها إذا لم تكن بينة)

لان الاصل عدمه وإن اختلفا فيما يستقر به فالقول قوله لانه منكر والقول قول المنكر ولان الاصل عدمه .

النصف، وإن خالعه بصداقها كله فكذلك في أحد الوجهين وفي الآخر لا يرجع عليها بشيء، لأنه لما خالها به مع علمه بسقوط نصفه بالطلاق كان مخالها لها بنصفه ويسقط عنه بالطلاق نصفه ولا يبقى لها شيء. (فصل) وإذا أبرأت المفوضة من المهر صح قبل الدخول و بعده وسواء في ذلك مفوضة البضع ومفوضة المهر وكذلك من سمي لها مهر فاسد كالخمر والمجهول لأن المهر واجب في هذه المواضع وإنما جهل قدره والبراءة من المجهول صحيحة لأنها إسقاط فصحت في المجهول كالطلاق، وقال الشافعي: لا تصح البراءة في شيء. من هذا لأن المفوضة لم يجب لها مهر فلا يصح الإبراء مما لم يجب وغيرها مهرها مجهول والبراءة من المجهول لا تصح إلا أن تقول أبرأتك من درهم إلى ألف فيبرأ من مهرها إذا كان دون ألف وقد دللنا على وجوبه فيما مضى فيصح الإبراء منه كما لو قالت أبرأتك من درهم إلى ألف، وإذا أبرأت المفوضة ثم طالت قبل الدخول فإن قلنا لا يرجع إلى المسمى لها لم يرجع ههنا، وإن قلنا يرجع ثم احتمل أن لا يرجع ههنا لأن المهر كله سقط بالطلاق ووجبت المتعة بالطلاق ابتداء، ويحتمل أن يرجع لأنه عاد إليه مهرها بسبب غير الطلاق وبكم يرجع؟ يحتمل أن يرجع بنصف مهر المثل لأنه الذي وجب بالعقد فهو كنصف المفروض ويحتمل أن يرجع بنصف المتعة لأنها التي تجب بالطلاق فأشبهت المسمى

(فصل) وإن أبرأت المفوضة من نصف صداقها ثم طلقها قبل الدخول فلا متعة لها لأن المتعة قائمة

(مسئلة) (وإن تزوجها على صداقين سر وعلانية أخذ بالعلانية وإن كان انعقد بالسر في ظاهر كلام الخرقي وقال القاضي أن تصادقا على السر لم يكن لها غيره) ظاهر كلام أحمد أنه يؤخذ بالعلانية على ما رواه الأثرم وهو قول الشعبي وابن أبي ليلى واثوري وأبي عبيد وقال القاضي الواجب المهر الذي انعقد به النكاح سر أكان أو علانية وحمل كلام أحمد والخرقي على أن المرأة تنفر بنكاح السر فثبت مهر العلانية لأنه الذي انعقد به النكاح وهذا قول سعيد بن عبد العزيز وأبي حنيفة والأوزاعي والشافعي ونحوه عن شريح والحسن والزهري والحنبل بن عتيبة ومالك وإسحاق لأن العلانية ليس بعقد ولا يتعلق به وجوب شيء ووجه قول الخرقي أنه إن كان مهر السر أكثر من العلانية وجب مهر السر لأنه وجب عليه بعقده ولم تسقطه العلانية فنفى وجوبه فلما إن انفقا على أن المرء الف وأنها يعقدان العقد بأفنين تجزأ ففعلا ذلك فالمرء الفان لأنها تسمية صحيحة في عقد صحيح فوجب كما لو لم يتقدمها اتفاق على خلافها وهذا أيضا قول القاضي ومذهب الشافعي ولا فرق فيما ذكرناه بين أن يكون السر من جنس العلانية فهو أن يكون السر ألفا والعلانية الفين أو يكونا من جنسين مثل أن يكون السر مائة درهم والعلانية مائة دينار إذا قلنا إن الواجب مهر العلانية فيستحب للمرأة أن تنفي الزوج بما وعدت به وشرطته من أنها لا تأخذ إلا مهر السر قال أحمد في رواية ابن منصور إذا زوج امرأة في السر مهر وأعلنوا بمهر ينبغي لهم أن يفوا ويؤخذ بالعلانية فاستحب الفاء

مقام نصف الصداق وقد أبرأت منه فصار كما لو قبضته ، ويحتمل أن يجب لها نصف المنة إذا قلنا ان الزوج لا يرجع عليها بشي . إذا أبرأت من جميع صداقها
(فصل) ولو باع رجلاً عبداً بمائة فأبرأه البائع من الثمن أو قبضه ثم وهبه إياه ثم وجد المشتري بالعبد عيباً فهل له رد المبيع والمطالبة بالثمن أو أخذ ارش العيب مع امساكه ؟ على وجهين بناء على الروايتين في الصداق إذا وهبه المرأة لزوجها ثم طلقها قبل الدخول وان كانت بحالها فوهب المشتري العبد للبائع ثم أفلس المشتري والتمن في ذمته فلا بائع أن يضرب بالتمن مع الغرماء وجهاً واحداً لان الثمن ما عاد الى البائع منه شيء . ولذلك كان يجب أدؤه اليه قبل الفلاس بخلاف التي قبلها ولو كان عبداً ثم أسقط عنه مال الكتابة بري . وعق ولم يرجع على سيده بالقدر الذي كان يجب على السيد أن يؤتیه إياه وكذلك لو أسقط عنه القدر الذي يلزمه إيتاؤه إياه واستوفى الباقي لم يلزمه أن يؤتیه شيئاً لان اسقاطه عنه يقوم مقام الايتاء وخرجه بعض أصحابنا على وجهين بناء على الروايتين في الصداق ولا يصح لان المرأة أسقطت الصداق الواجب لها قبل وجود سبب استحقاق الزوج عليها نصفه وهبنا أسقط السيد عن المكاتب ما وجد سبب ايتائه إياه فكان اسقاطه مقام ايتائه ، ولهذا لو قبضه السيد منه ثم آتاه إياه لم يرجع بشي . ولو قبضت المرأة صداقها وهبته لزوجها ثم طلقها قبل الدخول لرجع عليها فافترقا
(فصل) ولا يبرأ الزوج من الصداق الا بتسليمه الى من يتسلم مالها فان كانت رشيدة لم يبرأ

بالشرط لنلا يحصل منهم غرور ولان النبي ﷺ قال « المؤمنون على شروطهم » وعلى قول القاضي إذا ادعى الزوج عقداً في السر انعقد به النكاح فيه مهر قليل فصداقه المرأة فليس لها سواء وان أكرهته فالقول قولها لانها منكورة .

(مسألة) (وان قال هو عقد واحد أسررت ثم أظهرته وقالت بل هو عقدان فالقول قولها مع يمينها لان الظاهر أن الثاني عقد صحيح يفيد حكماً كالاول ولان المهر في العقد الثاني ان كان دخل بها ونصف المهر في العقد الاول ان ادعى سقوط نصفه بالطلاق قبل الدخول وان أصر على الانكار سنلت المرأة فان ادعت أنه دخل بها في النكاح الاول ثم طلقها طلاقاً بائناً ثم نكحها نكاحاً ثانياً حلفت على ذلك واستحنت وان أقرت بما يسقط نصف المهر أو جميعه لزمها ما أقرت به

(فصل) اذا خلا الرجل بامرأته بعد العقد الصحيح استقر عليه مهرها ووجبت عليها العدة وان لم يطرأ روي ذلك عن الخلفاء الراشدين وزيد وابن عمر رضي الله عنهم وبه قال علي بن الحسين وعروة وعطاء والزهرري والاوزاعي واسحاق وأصحاب الرأي وهو قول أصحاب الشافعي القديم قال شريح والشمسي وطاوس وابن سيرين والشافعي في الجديد لا يستقر إلا بالوطء وحكي ذلك عن ابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم وروي ذلك عن أحمد فري عنه يعقوب بن يحنان أنه قال إذا صدقته المرأة أنه لم يوطأها لم يكمل لها الصداق وعليها العدة وذلك لقول الله تعالى (وإن طلقتموهن

إلا بالتسليم إليها أو إلى وكيلها ولا يبرأ بالتسليم إلى أبيها ولا إلى غيره بكرراً كانت أو ثيباً ، قال أحمد إذا أخذ مهر ابنته وأنكرت فذلك لها ترجع على زوجها بالمهر ويرجع الزوج على أبيها ، فقيل له أليس قال النبي ﷺ « أنت ومالك لأبيك » ؟ قال نعم ولكن هذا لم يأخذ منها إنما أخذ من زوجها ، وهذا مذهب الشافعي ، وقال أبو حنيفة له قبض صداق البكر دون الثيب لأن ذلك العادة ولأن البكر تستحي فقام أبوها مقامها كإقام مقامها في تزويجها

ولنا إنها رشيدة فلم يكن لغيرها قبض صداقها كالثيب أو عوض ملكته وهي رشيدة فلم يكن لغيرها قبضه بغير إذنها كمن مبيعها وأجر دارها ، وإن كانت غير رشيدة سلمه إلى وليها في مالها من أبيها أو وصيه أو الحاكم لأنه من جملة أموالها فهو كمن مبيعها وأجر دارها

(مسئلة) قال (وليس عليه دفع نفقة زوجته إذا كان مثلاً لا يوطأ أو منع منها بغير عذر فإن كان المنع من قبله لزمته النفقة)

وجملة ذلك أن المرأة إذا كانت لا يوطأ مثلاً لصغرها فطالب وليها بتسليمها والاتفاق عليها لم يجب ذلك على الزوج لأن النفقة في مقابلة الاستمتاع ولهذا تسقط بالنشوز وهذه لا يمكنه الاستمتاع بها وإن كانت كبيرة فمنعته نفسها أو منعها أو ولياؤها فلا نفقة لها أيضاً لأنها في معنى الناشز لكونها لم تسلم

من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم (وهذه قد طلقها قبل أن يمسهن وقال الله تعالى (وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض) والافضاء الجماع ، ولأنها مطلقه لم تمس أشبهت ما لم يخل بها .

ولنا إجماع الصحابة فروى الإمام أحمد والاثرم بإسنادهما عن زرارة بن أوفى قال : قضى الخلفاء الراشدون المهديون أن من أغلق باباً أو أرخى ستراً فقد وجب المهر ووجبت العدة . ورواه أيضاً عن الأحنف عن عمر وعلي وعن سعيد بن المسيب وعن سعيد بن ثابت : عليها العدة ولها الصداق كاملاً . وهذه قضايا اشتهرت ولم يخالفهم أحد في عصرهم فكان إجماعاً ، وما رواه عن ابن عباس : لا يصح ، قال أحمد يرويه إيث وليس بالقوي وقد رواه حنظلة خلاف ما رواه إيث وحنظلة أقوى من إيث وحديث ابن مسعود منقطع قاله ابن المنذر ولأن التسليم المستحق وجد من جهتها فيستقر به البدل كالأوطأ أو كالأجر دارها أو سلمتها أو باعتها ، وأما قوله تعالى (من قبل أن تمسوهن) فيحتمل أنه كنى بالسبب عن المسبب الذي هو الخلوة بدليل ما ذكرنا ، وأما قوله (وقد أفضى بعضكم إلى بعض) فقد حكى عن الفراء أنه قال الافضاء الخلوة دخل بها أو لم يدخل لأن الافضاء مأخوذ من الافضاء وهو الخالي فكأنه قال وقد خلا بعضكم إلى بعض

(فصل) وحكم الخلوة حكم الوطأ في تكبيل المهر ووجوب العدة وتحريم أخذها وأربع سواها إذا

الواجب عليها فلا يجب تسليم ما في مقابلته من الاتفاق وكل موضع ازمته النفقة لزمه تسليم الصداق اذا طول به، فاما الموضع الذي لا تلتزمه نفقتها فيه كالصغير والمائة نفسها فقال أبو عبد الله بن حامد يجب تسليم الصداق وهو قول الشافعي لان المهر في مقابلة ملك البضع وقد ملكه بخلاف النفقة فانها في مقابلة التمكين ورد قوم هذا وقالوا المهر قد ملكته في مقابلة ما ملكه من بضعها فليس لها المطالبة بالاستيفاء الا عند إمكان الزوج استيفاء العوض

(فصل) وامكان الوطء في الصغيرة معتبر بحالها واحتمالها لذلك قاله القاضي وذكر انهن يختلفن فقد تكون صغيرة السن تصلح وكبيرة لاتصلح وحده احمد بتسع سنين فقال في رواية أبي الحارث في الصغيرة يطلبها زوجها فان أتى عليها تسع سنين دفعت اليه ليس لم أن يحبسوها بعد التسع وذهب في ذلك الى ان النبي ﷺ بنى بعائشة وهي ابنة تسع قال القاضي وهذا عندي ليس على طريق التحديد وانما ذكره لان الغالب أن ابنة تسع يتمكن من الاستمتاع بها فمتى كانت لاتصلح للوطء لم يجب على أهلها تسليمها اليه وان ذكر أنه يحضنها ويربها وله من يخدمها لانه لا يملك الاستمتاع بها وليست له بمحل ولا يؤمن شره نفسه الى مواقعتها فيفضها أو يقتلها وان طلب أهلها دفعها اليه فامتنع فلا ذلك ولا تلتزمه نفقتها لانه لا يمكن من استيفاء حقه منها وإن كانت كبيرة إلا أنها مريضة مرضا مرجو لزوال لم يلزمها تسليم نفسها قبل برئها لانه مانع مرجو الزوال فهو كالصغير ولان العادة لم تجر بزف المريضة الى زوجها

طلقها حتى تنقضي عدتها وثبت الرجعة له عليها في عدتها، وقال الثوري وأبو حنيفة لارجعة له عليها اذا أقر أنه لم يصبرها

ولنا قول الله تعالى (وبعولتهن أحق بردهن في ذلك) ولانها معتدة بن نكاح صحيح لم يفسخ نكاحها ولا كل عدد طلاقها ولا طلقها بهوض فكان له عليها الرجعة كما لو أصابها ولها عليه نفقة العدة والسكنى لان ذلك لمن زوجها عليها الرجعة وتنفارق الخلوة الوطء في أنها لا تثبت بها الاباحة لزوج المطلق الاثنا لقول النبي ﷺ لامرأة رفاعة القرظي «أتريدين أن ترجعي الى رفاعة؟ لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك» ولا يثبت بها الاحصان لانه يعتبر لا يجاب الحد والحدود تدرأ بالشبهات ولا يجب الغسل لانها ليست من موجبات الغسل اجماعا ولا يخرج بها من العنة لان العنة العجز عن الوطء فلا تزول إلا بحقيقته ولا تحصل بها العينة لانها الرجوع عما حلف عليه وانما حلف على ترك الوطء، ولان حق المرأة لا يحصل إلا بيقين الوطء ولا تفسد بها العبادات ولا تجب بها الكفارة، وأما تحريم الربية فعن أحمد أنه يحصل بالخلوة، وقال القاضي وابن عقيل لا تحرم، رحل القاضي كلام احمد على انه حصل مع الخلوة نظر أو مباشرة فيخرج كلامه على إحدى الروايتين أن ذلك يحرم والصحيح أنها لا تحرم لقول الله تعالى (فان لم تكونوا دخلتم بها) والدخول كناية عن الوطء والنص صريح في إباحتها بدونه فلا يجوز خلافه

والتسليم في العقد يجب على حسب العرف فان سلمت نفسها فتسلمها الزوج فعليه نفقتها لان المرض عارض
بمرض ويتكرر فيشق إسقاط النفقة به فجرى مجرى الحيض ولهذا لو مرضت بعد تسليمها لم تسقط
نفقتها وان امتنع من تسليمها فله ذلك ولا يلزمه نفقتها لانه لما لم يجب تسليمها اليه لم يجب عليه تسليمها
كالصغيرة ولان العادة لم تجر بتسليمها على هذه الصفة وقال القاضي يلزمه تسليمها وإن امتنع فعليه
نفقتها لما ذكرنا من أنه عارض لا يمكن التحرز منه ويتكرر فأشبهه الحيض فأما إن كان المرض غير
مرجو الزوال لزم تسليمها الى الزوج اذا طلبها ولزمه تسليمها اذا عرضت عليه لانها ليست لها حالة
يرجي زوال ذلك فيها فلو لم تسلّم نفسها لم يفد الزوج فائدة وله أن يستمتع بها فان كانت نفوسة
الخلق وهو جسيم تخاف على نفسها الافضاء من عظم خلقه فلها منعه من جماعها وله الاستمتاع بها في
مادون الفرج وعليه نفقتها ولا يثبت له خيار الفسخ لان هذه يمكن الاستمتاع بها لغيره وانما امتناع
الاستمتاع معنى فيه وهو عظم خلقه بخلاف الرقاة وان طلب تسليمها اليه وهي حائض احتمل ان
لا يجب ذلك لانه خلاف العادة فأشبهه المرض المرجو الزوال واحتمل وجوب التسليم لانه يزول قريبا
ولا يمنع من الاستمتاع بما دون الفرج فاذا طلب ذلك لم يحز منعه منه كما لم يحز لها منعه منه عند
تسليمها وان عرضت عليه قابها حتى تطهر فعلى قول القاضي يلزمه تسليمها ونفقتها ان امتنع منه ويتخرج
على ما ذكرنا ان لا يلزمه ذلك كالمريض المرجو الزوال

(فصل) وسواء في ذلك الخلوة بها وهما محرمان أو صائمان أو حائض أو سالمان من الوطء شرعي
كلا حرام والصيام والحيض والنفاس أو حقيقي كالجب والعنة والرتق في المرأة فعنه أن الصداق يستقر
بكل حال وبه قال عطاء وابن أبي بلي واشوري لعموم ما ذكرناه من الاجماع وقال عمر في العنين يؤجل
سنة فان رطها ولا أخذت الصداق كائلا وفرق بينهما وعليها العدة ولان التسليم المستحق عليها قد
وجد وانما الحيض والاحرام والرتق من غير جهتها فلا يؤثر في المهر كما لا يؤثر في إسقاط النفقة وروى
أنه لا يكل الصداق وهو قول شريح وأبي ثور لانه لم يتمكن من تسليمها لم يجب عليه مهرها كما لو
منعت نفسها منه بحق أن المانع من التسليم لا فرق بين كونه من أجنبي أو من العاقد كالأجارة، وعنه
رواية ثالثة إن كانا صائمين صوم رمضان لم يكل الصداق وإن كان غيره كل

قال ابو داود سمعت احمد وسئل عن رجل دخل على أهله وهما صائمان في غير شهر رمضان
فأغلق الباب وأرخى الستر؟ قال وجب الصداق، قيل لا بعد فاشهر رمضان؟ قال شهر رمضان خلاف
لهذا، قيل له فكان مسافرا في رمضان؟ قال هذا فطر يعني وجب الصداق وهذا يدل على أنه متى
كان المانع منكدا كالأحرام وصوم رمضان لم يكل الصداق، وقال القاضي إن كان المانع لا يمنع
دواعي الوطء كالجب والعنة والرتق والمرض والحيض والنفاس وجب الصداق، وإن كان يمنع
دواعيه كالأحرام وصيام الفرض فعلى روايتين، وقال ابو حنيفة إن كان المانع من جهتها لم ينقر

(فصل) فان منعت نفسها حتى تنزل مصداقها وكان حالا فلها ذلك قال ابن المنذر وأجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن المراة أن تمنع من دخول الزوج عليها حتى يعطيها مهرها ، وان قال الزوج لا أسلم اليها المصداق حتى أتسلها أجبر الزوج على تسليم المصداق أولا ثم تجبر هي على تسليم نفسها ومذهب الشافعي في هذا على نحو مذهبه في البيع

ولنا أن في إجبارها على تسليم نفسها أولا خطر اتلاف البضع والامتناع من بذل المصداق فلا يمكن الرجوع في البضع بخلاف المبيع الذي يجبر على تسليمه قبل تسليم ثمنه ، فإذا تقرر هذا فلها النفقة ما امتنعت لذلك ، وان كان معسرا بالمصداق لان امتناعها بحق ، وإن كان المصداق مؤجلا فليس لها منع نفسها قبل قبضه لان رضاها بتأجيله رضى بتسليم نفسها قبل قبضه كالتن المؤجل في البيع فان حل المؤجل قبل تسليم نفسها لم يكن لها منع نفسها أيضا لان التسليم قد وجب عليها واستقر قبل قبضه فلم يكن لها أن تمنع منه ، وإن كان بعضه حالا وبعضه مؤجلا فلها منع نفسها قبل قبض العاجل دون الآجل ، وان كان الكل حالا فلها منع نفسها على ما ذكرنا فان سلمت نفسها قبل قبضه ثم أرادت منع نفسها حتى تقبضه فقد توقف أحد عن الجواب فيها وذهب أبو عبد الله بن بطاوة وأبو إسحاق بن شاذان إلى أنها ليس لها ذلك وهو قول مالك والشافعي وأبي يوسف ومحمد لان التسليم استقر به العوض رضى المسلم لم يكن لها أن تمنع منه بعد ذلك كما لو سلم البائع المبيع ، وذهب أبو عبد الله بن حامد إلى أن لها ذلك وهو مذهب أبي حنيفة لانه تسليم

المصداق ، وإن كان من جهة صيام فرض أو إجماع لم يستمر المصداق أيضا وإن كان حتما ادعته كل المصداق لان المانع من جهته وذلك لا يمنع وجود التسليم المستحق منها فكل حتما كالتزم الصغير نفقة امرأته إذا سلمت اليه (فصل) فإن خلاها وهي صغيرة لا يمكن وطؤها أو كانت كبيرة فذمت نفسها أو كان أعمى فلم يعلم بدخولها عليه لم يكمل صداقها نص عليه أحمد في المكثوف بزوج المرأة فادخات عليه فأرخص السهر وأغلق الباب فان كان لا يعلم بدخولها عليه فلها نصف المصداق وأما إلى أنها إذا نشرت عليه ومنعته نفسها لا يكمل صداقها . وذكره ابن حامد وذلك لانه لم يوجد لتمكين من جهتها فأشبهه ما لو لم يخل بها ، وكذلك لو خلاها وهو طبل لا يتمكن من الوطء لم يكمل المصداق لأنه في معنى الصغيرة في عدم التمكين من الوطء .

(فصل) فان استمتع بامرأته بمباشرة فيما دون الفرج من غير خلوة كالتبذير ونحوها فانصوص عن أحمد انه يكمل به المصداق فانه اذا أخذها فشهها وقبض عليها من غير أن يخلو بها لها المصداق كاملا اذا نال منها شيئا لا يخل لغيره ، وقال في رواية مهنا اذا تزوج امرأة ونظر اليها وهي عريانة تغتسل أو جب عليه المهر ، ورواه عن ابراهيم اذا اطلع منها على ما يحرم على غيره فعليه المهر لانه نوع استمتاع فهو كالقبلة قال القاضي يحتمل أن هذا ينبغي على ثبوت تحریم المصاهرة بذلك وفيه روايتان فيكون في تكميل المصداق به وجهان :

بوجهة عليها عقد النكاح فليكت أن تمتنع منه قبل قبض صداقها كالاول، فاما ان وطئها مكره لم يسقط به حقها من الامتناع لانه حصل بغير رضاها كالبيع اذا أخذه المشتري من البائع كرها، وان أخذت الصداق فوجدته معها فلها منع نفسها حتى يبدله أو يعطيها أرشها لان صداقها صحيح، وان لم تعلم عيبه حتى سلمت نفسها خرج على الوجهين فيما اذا سلمت نفسها قبل قبض صداقها ثم بدا لها أن تمتنع وكل موضع قلنا لها الامتناع من تسليم نفسها فلها الفر بغير اذن الزوج لانه لم يثبت للزوج عليها حق الحبس فصارت كمن لا زوج لها ولو بقي منه درهم كان كبقا جميعه لان كل من ثبت له الحبس بجميع البذل ثبت له الحبس ببعضه كسائر الديون

(فصل) وان أعسر الزوج بالهر الحال قبل الدخول فلها الفسخ لانه تعذر الوصول الى عوض العقد قبل تسليم الموضع فكان لها الفسخ كولو أعسر المشتري بالثمن قبل تسليم المبيع وان أعسر بعد الدخول فعلى وجهين مبنيين على منع نفسها فان قلنا لها منع نفسها بعد الدخول فلها الفسخ كما قبل الدخول، وان قلنا ليس لها منع نفسها فليس لها الفسخ كما لو أفلس بدين لها آخر، ولا يجوز الفسخ الا بحكم حاكم لانه مجتهد فيه (مسألة) قال (واذا تزوجها على صداقين سر وعلانية أخذ بالعلانية، وان كان السر قد انعقد به النكاح)

ظاهر كلام الحرقى أن الرجل اذا تزوج المرأة في السر بمهر ثم عقد عليها في العلانية بمهر آخر أنه

(أحدهما) يكمل به الصداق لما روى الدارقطني عن محمد بن عبد الرحمن عن ثوبان قال : قال رسول الله ﷺ « من كشف خمار امرأة ونظر اليها وجب الصداق دخل بها أو لم يدخل » ولانه ميسر فيدخل في قوله (من قبل أن تمسوهن) ولأنه استمتاع بأمرته فكمل به الصداق كالوطء، (والوجه الآخر) لا يكمل به الصداق وهو قول أكثر أهل العلم لان قول الله تعالى (تمسوهن) انما أريد به في الظاهر الجماع ومقتضى قوله (وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن) أن لا يكمل الصداق لغير من وطئها ولا تجب عليها العدة، ترك عمومها فيمن دخل بها للاجماع الوارد عن الصحابة فيبقى فيما سواه على مقتضى العموم .

(فصل) في المفوضة وهي على ضربين (تفويض البض) وهو أن يزوج الاب ابنته البكر أو تأذن المرأة لوليها في تزويجها بغير مهر (والثاني) تفويض المهر وهو أن يتزوجها على ما شاء أو شاء أجنبي فالنكاح صحيح ويجب مهر المثل .

يصح النكاح من غير تسمية صداق في قول عامة أهل العلم بدليل قوله تعالى (لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا هن فريضة) وروي عن ابن مسعود أنه سئل عن امرأة تزوجها رجل ولم يفرض لها صداقا ولم يدخل بها حتى مات ؟ فقال ابن مسعود لها صداق نساءها لاوكس ولاشطط

يؤخذ بالعلانية وهذا ظاهر قول أحمد في رواية الأثرم ، وهو قول الشعبي وابن أبي ليلى والثوري وأبي عبيد ، وقال القاضي الواجب المهر الذي انعقد به النكاح سرّاً كان أو علانية وحمل كلام أحمد والخرق على أن المرأة لم تقر بنكاح السر فيثبت مهر العلانية لأنه الذي ثبت به النكاح وهذا قول سعيد بن عبد العزيز وأبي حنيفة والأوزاعي والشافعي ونحوه عن شريح والحسن والزهرى والحكم بن عيسى ومالك وإسحاق لأن العلانية ليس بعقد ولا يتعلق به وجوب شيء ، ووجه قول الخرق أنه إذا عقد في الظاهر عقداً بعد عقد السر فقد وجد منه بذل الزائد على مهر السر فيجب ذلك عليه كما لو زادها على صداقها ومقتضى ما ذكرنا من التعليل لكلام الخرق أنه إن كان مهر السر أكثر من العلانية وجب مهر السر لأنه وجب عليه بمقداره ولم تسقطه العلانية بقيت وجوبه . فأما إن اتفقا على أن المهر الف وأنها يعقدان العقد بأعين تجملاً ففعلاً ذلك فالمر الفان لأنها تسمية صحيحة في عقد صحيح فوجب كما لو لم يتقدما اتفاقاً على خلافها وهذا أيضاً قول القاضي ومذهب الشافعي ، ولا فرق فيما ذكرناه بين أن يكون السر من جنس العلانية نحو أن يكون السر الفاً والعلانية الفين أو يكونا من جنسين مثل أن يكون السر مائة درهم والعلانية مائة دينار ، وإذا قلنا إن الواجب مهر العلانية فيستحب المرأة أن تفي للزوج بما وعدت به وشرطته على نفسها من أنها لا تأخذ إلا مهر السر . قال أحمد في رواية ابن منصور إذا وج امرأة في السر مهر وأعلنوا مهرًا ينبغي لهم أن يفوا ويؤخذ بالعلانية فاستحب الوفاء بالشرط

وعليها العدة ولها الميراث فقام معقل بن سنان الأشجعي فقال : قضى رسول الله ﷺ في بروع بنت واشق امرأة منا مثل ما قضيت . رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح ، ولأن القصد من النكاح الوصلة والاستمتاع دون الصداق فصح من غير ذكره كالتفقة ، وسواء ذكر المهر أو شرطت عليه مثل أن يقول زوجتك بغير مهر فيقبله كذلك ، وأو قال زوجتك بغير مهر في الحال ولا في الثاني صح أيضاً وقال بعض الشافعية لا يصح في هذه الصورة لأنها تكون كالوهوبة وليس بصحيح فإنه يصح فيما إذا قال زوجتك بغير مهر فيصح ههنا لأن معناها واحد فما صح في إحدى صورتين المتساويتين صح في الأخرى وليست كالوهوبة لأن الشرط يفسد ويجب المهر ، وقد ذكرنا أن المزوجة بغير مهر تسمى مفوضة بكسر الواو وفتحها فنكسر أضاف الفعل على أنها فاعلة ومن فتح أضافه إلى وإيها ومعنى التفويض الإهمال كأنها أهملت أمر المهر حيث لم تسمه . قال الشاعر :

لا يصلح الناس فوضى لا سراهم ولا سراة إذا جهلهم سادوا

يعني مهملين والذي ذكره الخرق نفوض البضع وهو الذي ينصرف إليه إطلاق التفويض (الضرب الثاني) تفويض المهر وهو أن يجمل الصداق إلى رأي أحدهما أو رأي أجنبي فيقول زوجتك على ما شئت أو على حكمك أو حكمها أو حكم أجنبي ونحوه فهذه لها مهر المثل في ظاهر كلام أحمد

لأنه يحصل منهم غرور ولأن النبي ﷺ قال « المؤمنون على شروطهم » وعلى قول القاضي إذا ادعى الزوج عقداً في السر انعقد به النكاح فيه مهر قليل قصد فيه فليس لها سواء ، وإن أنكرته فالقول قولها لأنها منكورة ، وإن أقرت به وقالت هما مهران في نكاحين وقال بل نكاح واحد أسررناه ثم أظهرناه فالقول قولها لأن الظاهر أن الثاني عقد صحيح يفيد حكماً كالاول ولها المهر في العقد الثاني ونصف المهر في العقد الاول أن ادعى سقوط نصفه بالطلاق قبل الدخول وإن أصر على الإنكار سئلت المرأة فإن ادعت أنه دخل بها في النكاح الاول ثم طلقها طلاقاً بائناً ثم نكحها نكاحاً ثانياً حلفت على ذلك واستحقت ، وإن أقرت بما يسقط نصف المهر أوجبه لزمها ما أقرت به

(فصل) إذا تزوج أربع نسوة في عقد واحد بمهر واحد مثل أن يكون لهن ولي واحد كبنات الاعمام أو مولات مول واحد أو من ليس لهن ولي فزوجهن الحاكم أو كان ابن ألياء فوكلوا وكلاً واحداً فعقد نكاحين مع رجل قبله فالنكاح صحيح والمهر صحيح وهذا قال أبو حنيفة وهو أشهر قولي الشافعي (والقول الثاني) أن المهر فاسد ويجب مهر المثل لأن ما يجب لكل واحدة منهن من المهر غير معلوم ولنا أن الفرض في الجملة معلوم فلا يفسد لجهاته في التفصيل كما لو اشترى أربعة أعبد من رجل بشمن واحد وكذلك الصبرة بشمن واحد وهو لا يعلم قدر قفرائها . إذا ثبت هذا فإن الصداق يقسم بينهم على قدر مهورهن في قول القاضي وابن حامد وهو قول أبي حنيفة وصاحبيه والشافعي . وقال

لأنها لم تزوج نفسها إلا بصداق لكنه مجهول فسقط لجهاته ويجب مهر المثل . والتأويل الصحيح أن تأذن المرأة الجائزة الأمر لوليها في تزويجها بغير مهر أو بتفويض قدره أو تزويجها أبوها كذلك ، فأما إن زوجها غير أبيها لم يذكر مهرأ بغير إذن في ذلك فإنه يجب مهر المثل ، وقال الشافعي لا يكون التفويض إلا الصورة الاولى وقد مضى الكلام معه في أن اللاب أن يزوج ابنته بدون صداق مثلها فلذلك يجوز تفويضه

(مسألة) (ولها المطالبة بفرضه لأن النكاح لا يخلو من المهر فوجب لها المطالبة ببيان قدره) وهذا قال الشافعي ولا نعلم فيه مخالفاً فإن اتفق الزوجان على فرضه جاز ما فرضاه قليلاً كان أو كثيراً سواء كانا عالمين بمهر المثل أو لا ، وقال الشافعي في قوله لا يصح الفرض لغير مهر المثل إلا مع علمها بمهر المثل لأن ما فرضه بدل عن مهر المثل فيحتاج أن يكون المبدل معلوماً

ولنا أنه إذا فرض لها كثيراً فقد بذل لها من ماله فوق ما يلزمه وإن رضيت باليسير فقد رضيت بدون ما يجب لها فلا يمنع من ذلك ، قولهم أنه بدل لا يصح فإن البدل غير المبدل والمفروض أن كان ناقصاً فهو بعضه وإن كان أكثر فهو الواجب وزيادة ولا يصح جعله بدلاً ، ولو كان بدلاً لما جاز مع العلم لأنه يبدل ما فيه الربا بمجنسه متفاضلاً

وقد روى عقبة بن عامر قال قال رسول الله ﷺ لرجل « أترضني أني أزوجك فلانة ؟ » قال : نعم ، وقال للمرأة « أترضني أن أزوجك فلانة ؟ » قالت : نعم ، فزوج أحدهما بصاحبه فدخل عليها

أبو بكر يقسم بينهما بالسوية لانه أضافه اليهن إضافة واحدة فكان بينهما بالسوية كما لو وهبه لهن أو أقر به لهن وكما لو اشترى جماعة ثوبا بأثمان مختلفة ثم باعوه مرابحة أو مساومة كان الثمن بينهم بالسواء، وإن اختلفت رءوس أموالهم، ولأن القول بتقسيمه يفضي إلى جهالة العوض لكل واحدة منهن وذلك يفسده ولأن أن الصفة اشتملت على سببين مختلفي القيمة فوجب تقسيم العوض عليها بالقيمة كما لو باع شقصا وسيفا أو كما لو ابتاع عبيدين فوجد أحدهما حراً أو مغصوباً، وقد نص أحمد فيمن ابتاع عبيدين فإذا أحدهما حر أنه يرجع بقيمته من الثمن وكذلك نص فيمن تزوج على جاريّتين فإذا إحداها حرة أنه يرجع بقيمة الحرة، ولو اشترى عبيدين فوجد أحدهما معيباً فردّه لرجع بقسطه من الثمن، وما ذكره من المسئلة غير مـ لم له وإن سلم فاقبضه ثم واحدة بخلاف مسئلتنا

وأما الهبة والافرار فليس فيهما قيمة يرجع اليها ويقسم الهبة عليها بخلاف مسئلتنا وإنضاه إلى جهالة التفصيل لا يمنع الصحة إذا كان معلوم الجملة، ويتفرع عن هذه المسئلة إذا خالم امرأتين بعوض واحد أو كاتب عييداً بعوض واحد أنه يصح مع الخلاف فيه ويقسم العوض في الخلع على قدر المهرين وفي الكتابة على قدر قيمة العبيد، وعلى قول أبي بكر يقسم بالسوية في المسئلتين

(فصل) وإذا تزوج امرأتين بصدّق واحد وإحداهما ممن لا يصح العقد عليها لكونها محرمة عليه أو غير ذلك قلنا بصحة النكاح في لاخرى فلها بمحضها من المسمى وبه قال الشافعي على قول

ولم يفرض لها صداقاً فلما حضرته الوفاة قال ان رسول الله ﷺ زوجني فلانة ولم يفرض لها صداقاً ولم أعطاها شيئاً واني قد أعطيتها عن صداقها سهمي الذي بخير فأخذت سهمه فباعته بمائة ألف، فاما ان تشاحا فيه ففرض لها مهر مثلها أو أكثر منه فليس لها المطالبة بسواء فان لم ترض به لم يستقر لها حتى ترضاه فان طلقها قبل الدخول فليس لها إلا المتعة لانه لا يثبت لها بفرضه ما لم ترض به كحالة الابتداء، وان فرض لها أقل من مهر المثل فلها المطالبة بهما ولم يثبت لها بفرضه ما لم ترض به. فان ارتفعا إلى الحاكم فليس له ان يفرض لها الا مهر المثل لان الزيادة ميل عليه والنقصان ميل عليها. ولا يحل الميل ولانه انما يفرض له بدل البضع فيقدر بقدره كالسلعة اذا تلفت يرجع إلى تقويمها بقول اهل الخبرة، ويعتبر معرفة مهر المثل ليتوصل إلى امكان فرضه ومتى صح الفرض صار كما يسمى في العقد في انه يتنصف بالطلاق ولا تجب المتعة معه ويلزمها ما فرضه الحاكم سواء رضيت به او لم ترض كما يلزم ما حكم به.

(فصل) وان فرض لها اجنبي مهر مثلاً فرضيته لم يصح وكان وجوده كعدمه لانه ليس بزواج ولا حاكم فان سلم اليها ما فرض لها فرضيته احتمال ان يصح لما ذكرنا فيكون حكمها حكم من لم يفرض لها ويسترجع ما اعطاها لان تصرفه ما صح ولا برئت به ذمة الزوج ويحتمل ان يصح لانه يقوم مقامه في قضاء المسمى فيقوم مقامه في قضاء ما يوجب العقد غير المسمى. فعلى هذا اذا طلقت قبل الدخول

وأبو يوسف ، وقال أبو حنيفة : المسمى كله قتي يصبح نكاحها لان العقد الفاسد لا يتعلق به حكم بحال فصار كأنه تزوجها والحائط بالمسمى

ولنا انه عقد على عينين إحداها لا يجوز العقد عليها فلزمه في الاخرى بحصتها كما لو باع عبده وأم ولده ، وما ذكره ليس بصحيح فان المرأة في مقابلة نكاحها مهر بخلاف الحائط

(فصل) فان جمع بين نكاح وبيع فقال زوجتك ابنتي وبعثك داري هذه بألف صح ويقسط الالف على صداقها وقيمة الدار ، وان قال زوجتك ابنتي واشتريت منك عبدك هذا بألف فقال بعثتك وقبلت النكاح صح ويقسط الالف على العبد ومهر المثل . وقال الشافعي في أحد قوليه لا يصح البيع والمهر لا فضائه الى الجهالة

ولنا أنها عقدان يصح كل واحد منهما منفرداً فصح جمعهما كإلوه باعه ثم بين فان قال زوجتك ولك هذا الالف بألفين لم يصح المهر لانه كسئلة مد عجرة

(فصل) وان تزوجها على ألف إن كان أبوها حياً وعلى ألفين إن كان أبوها ميتاً فالتسمية فاسدة ولها صداق نسائها نص عليه أحمد في رواية مهنا لان حال الاب غير معلومة فيكون مجهولاً وان قال زوجتك على ألف ان لم أخرجك من دارك وعلى ألفين ان أخرجتك منها أو على ألف ان لم يكن لي امرأة وعلى ألفين ان كانت لي امرأة فنص أحمد على صحة التسمية في هاتين المسئلتين . وقال القاضي

رجع نصفه الى الزوج لانه ما ملكه اياه حين تضي به ديناً عليه فيعود اليه كما لو دفعه هو . ولاصحاب الشافعي مثل هذين الوجهين ولهم وجه ثالث انه يرجع بنصفه الى الاجنبي وذكره القاضي لنا وجهاً ثالثاً قال شيخنا وقد ذكرنا ما يدل على صحة ما قلناه ولو ان رجلاً قضى المسمى عن الزوج صح ، ثم ان طلقها قبل الدخول رجع بنصفه اليه وان فسخت نكاح نفسها بفعل من جهتها رجع جميعه اليه وعلى الوجه الآخر يرجع الى من قضاه .

(فصل) ويجب المهر للمفوضة بالعقد وانما يسقط الى المتعة بالطلاق وهذا مذهب ابى حنيفة ، واختلف أصحاب الشافعي فمنهم من قال الصحيح انه يجب بالعقد وقال بعضهم لا يجب بالعقد قولاً واحداً ولا يجبي على اصل الشافعي غير هذا لانه لو وجب بالعقد لتنصف بالطلاق كما يسمى في العقد

ولنا أنها تملك المطالبة به فكان واجبا كالمسمى ولانه لو لم يجب بالعقد لما استقر بالموت كما في العقد الفاسد ولان النكاح لا يجوز أن يخلو عن المهر والقول بعدم وجوبه يفضي الى خلوه عنه وإلى أن النكاح انعقد صحيحاً وملك الزوج الوطء ولا مهر فيه وانما لم يتنصف لان الله تعالى نقل غير المسمى لها بالطلاق الى المتعة كما نقل ماسمى لها الى نصف المسمى لها فعلى هذا لو فوض الرجل مهر أمته ثم أعتقها أو باعها ثم فرض لها المهر كان لمعتقها أو بائعها لان المهر وجب بالعقد في ملكه ، ولو فوضت المرأة نفسها ثم طالبت بفرض مهرها بعد بغير مهر مثلاً أو دخل بها لوجب مهر مثلاً حالة العقد لما ذكرناه

وأبو بكر في الجميع ، وإبان (إحداهما) لا يصح واختاره أبو بكر لأن سبيله سبيل الشرطين فلم يجوز كالبيع (والرواية الثانية) يصح لأن الفاعل معلوم وإنما جهل الثاني وهو معلوم على شرط فإن وجد الشرط كان زيادة في الصداق والصداق تجوز الزيادة فيه والاولى أولى ، والقول بأن هذا تعاقب على شرط لا يصح لوجهين [أحدهما] أن الزيادة لا يصح تعاقبها على شرط فلو قال إن مات أبوك فقد زدتك في صداقك الفلم يصح ولم تلزم الزيادة عند موت الأب

(والثاني) أن الشرط ههنا لم يتجدد في قوله أن كان لي زوجة أو أن كان أبوك ميتاً ولا الذي جعل الالف فيه معلوم الوجود ليكون الالف الثاني زيادة عليه ، ويمكن الفرق بين المسئلة التي نص أحد على إبطال التسمية فيها وبين التي نص على الصحة فيها بأن الصحة التي جعل الزيادة فيها ليس المرأة فيها غرض يصح بذل العوض فيه وهو كون أيها ميتاً بخلاف المسئلتين أفتين صحت التسمية فيها فإن خلو المرأة من ضرة غيرها وتقاسمها وتضييق عليها من أكبر أغراضها وكذلك إقرارها في دارها بين أهلها وفي وطنها فلذلك خففت صداقها لتحصيل غرضها وثقلته عند فواته ، فعلى هذا يتمم قياس أحد الصورتين على الأخرى ولا يكون في كل مسئلة إلا رواية واحدة وهي الصحة في المسئلتين الأخرتين وبالطالان في المسئلة الاولى وما جاء من المسائل الحق بأشبهها به

(فصل) وان تزوجها على طلاق امرأة له أخرى لم تصح التسمية ولها مهر مثلها وهذا اختيار

ووافق أصحاب الشافعي على ذلك لأن الوجوب يستند إلى حالة العقد إلا في الامة التي أعتقها أو باعها في أحد الوجهين

(فصل) يجوز الدخول بالمرأة قبل إعطائها شيئاً سواء كانت منووسة أو مسمى لها ، وبه قال سعيد ابن المسيب والحسن والنخعي والثوري والشافعي وروى عن ابن عباس وابن عمر والزهري وقتادة ومالك لا يدخل بها حتى يعطيها شيئاً قال الزهري مضت السنة أن لا يدخل بها حتى يعطيها شيئاً قال ابن عباس يخلم إحدى نعليه ويلقيها إليها وروى أبو داود بإسناده عن رجل من أصحاب رسول الله ﷺ أن علياً لما تزوج فاطمة أراد أن يدخل بها فنهى رسول الله ﷺ حتى يعطيها شيئاً فقال يا رسول الله ليس لي شيء فقال « أعطها درعك » فأعطاه درعه ثم دخل بها ورواه ابن عباس أيضاً قال لما تزوج علي فاطمة قال له رسول الله ﷺ « أعطها شيئاً » قال « قل ما عندي » قال « أعطها درعك الحطمية » رواه أبو داود والنسائي

ولنا حديث عقبة بن عامر في الذي زوجه النبي ﷺ ودخل بها ولم يعطيها شيئاً وروت عائشة قالت أمرني رسول الله ﷺ أن أدخل امرأة على زوجها قبل أن يعطيها شيئاً رواه ابن ماجه ولأنه عوض في عقد معاوضة فلم يقف جواز تسليم المعوض على قبض شيء منه كالممن في البيع والاجرة في الاجارة ، وأما الاخبار فمحمولة على الاستحباب فإنه يستحب أن يعطيها قبل الدخول شيئاً موافقة

أبي بكر وقول أكثر الفقهاء. لأن هذا ليس بمال وإنما قل الله تعالى (أن تبغوا بأموالكم) ولأن النبي ﷺ قال « لا تسأل المرأة طلاق أختها لتكفي. فإني صحتها ولتنكح فانما لها ما قدر لها » صحيح وروى عبد الله بن عمرو عن النبي ﷺ أنه قال « لا يحل لرجل أن ينكح امرأة بطلاق أخرى » ولأن هذا لا يصح غنا في بيع ولا أجرا في إجارة فلم يصح صداقا كالمافع المحرمة. فعلى هذا يكون حكمه حكم ما لو أصدقها خمرا ونحوه يكون لها مهر المثل أو نصفه إن طلقها قبل الدخول أو المنة عند من يوجبها في التسمية الفاسدة .

وعن أحمد رواية أخرى أن التسمية صحيحة لانه شرط فعلها فيه نفع وفائدة لما يحصل لها من الراحة بطلاقها من مقاسمتها وضررها والغيرة منها فصاح صداقا كعتق أبيها وخياطة قيصها ولهذا صح بذل العوض في طلاقها بالخلع ، فعلى هذا ان لم يطلق ضررتها فلها مثل صداق الضررة لانه سمي لها صداقا لم يصل اليه فكان لها قيمته كما لو أصدقها عبداً فخرج حراً ، ويحتمل ان لها مهر مثلها لان الطلاق لا قيمة له ، وإن جعل صداقها ان طلاق ضررتها اليها الى سنة فلم تطلقها فقال أحمد اذا تزوج امرأة وجعل دلاق الاولى مهر الاخرى الى سنة أو الى رقت فجاء الوقت ولم تقض شيئاً رجع الاصل اليه ، فقد أسقط أحمد حقها لانه جعله لها الى وقت فاذا مضى الوقت ولم تقض فيه شيئاً بطل تصرفها كالأوكيل ، وهل يسقط حقها من المهر ؟ فيه وجهان ذكرهما أبو بكر (أحدهما) يستط لانها تركت ما شرط لها بإختيارها

الاخبار وإعادة الناس فيما بينهم ولتخرج المفوضة عن شبه الموهوبة وإيكون ذلك أنقطع للخصومة ويمكن حمل قول ابن عباس ومن وافقه على الاستحباب فلا يكون بين القواين فرق والله أعلم

(مسئلة) وإن مات أحدهما قبل الاصابة وقبل الفرض ورثه صاحبه ولها مهر نسائها) إذا مات أحدهما قبل الاصابة وقبل الفرض فللآخر الميراث بغير خلاف فيه فإن الله تعالى فرض لكل واحد من الزوجين فرضاً وعقد الزوجية ناصحاً ثبت فيورث به لدخوله في عموم النص

(فصل) (ولها مهر نسائها وعنه أنه يقتصف بالموت إلا أن يكون قد فرضه لها) ظاهر المذهب أن لها مهر نسائها وهو الصحيح إن شاء الله تعالى واليه ذهب ابن مسعود وابن شبرمة وابن أبي ليلى والثوري وإسحاق. وروى عن علي وابن مسعود وابن عمر والزهرى ربيعة ومالك والأوزاعي لا مهر لها لأنها فرقة وردت على تفويض صحيح قل فرض وميسر فلم يجب بها مهر كفرقة الطلاق وقال أبو حنيفة كقولنا في المسامة وكقولهم في الذمية وعن أحمد رواية أخرى لا يكمل وتنفذ إذا لم يكن فرضه لها لأن المفروض لها تخالف التي لم يفرض لها في الطلاق فجاز أن تخالفها بعد الموت وللشافعي قولان كل روايتين

ولنا ما روى عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أنه قضى لامرأة لم يفرض لها زوجها صداقا ولم

فسقط حقها كما لو تزوجها على عبد فأعتقه (والثاني) لا يسقط لانها أخرجت استيفاء حقها فلا يسقط كما لو أجات قبض دراهمها، وهل ترجع إلى مهر مثلها أو إلى مهر الأخرى؟ يحتمل وجهين

(فصل) الزيادة في الصداق بعد العقد تلحق به نص عليه أحمد قال: في الرجل يتزوج المرأة على مهر فلما رآها زادها في مهرها فهو جائز فإن طلقها قبل أن يدخل بها فلها نصف الصداق الأول والذي زادها وهذا قول أبي حنيفة، وقال الشافعي لا تلحق الزيادة بالعقد فإن زادها فهي هبة تفتقر إلى شروط الهبة، وإن طلقها بعد هبتها لم يرجع بشيء من الزيادة. قال القاضي وعن أحمد مثل ذلك فإنه قال: إذا زوج رجل أمته عبده ثم أعتقها جميعا فقاتل الأمه زدني في مهري حتى أختار لك فلزيادة الأمه، ولو لحقت بالعقد كانت الزيادة للسيد، وليس هذا دليلا على أن الزيادة لا تلحق بالعقد فإن معنى حقوق الزيادة بالعقد أنها تلزم ويثبت فيها أحكام الصداق من التنصيف بالطلاق قبل الدخول وغيره وليس معناه أن الملاك يثبت فيها قبل وجودها وإنما تكون للسيد. واحتج الشافعي بأن الزوج مالك البضع بالمسمى في العقد فلم يحصل بالزيادة شيء من الموقوف عليه فلا تكون عوضا في النكاح كولو وهبها شيئا ولأنها زيادة في عوض العقد بعد لزومه فلم يلحق به كما في البيع

ولنا قول الله تعالى (ولا جناح عليكم فيما تراضيتن به من بعد الفريضة) ولأن ما بعد العقد زمن

يدخل بها حتى مات فقال لها صداق نساؤها لا وكس ولا شطط وعليها العدة ولها الميراث فقام معقل ابن سنان الأشجعي فقال قضى رسول الله ﷺ في بروع بنت واشق مثل ما قضيت قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح وهو نص في محل النزاع ولأن الموت معنى يكمل به المسمى فيكمل به مهر المثل المفوضة كالدخول، وقياس الموت على الطلاق لا يصح فإن الموت يتم به النكاح فيكمل به الصداق والطلاق يقطعه ويزيله قبل تمامه وكذلك وجبت العدة بالموت قبل الدخول ولم تجب بالطلاق وكل المسمى بالموت ولم يكمل بالطلاق فإنها زوجة مفارقة بالموت فكل لها الصداق كالمسألة أو كالمسمى لها ولأن المسألة والدية لا يختلفان في الصداق في موضع فوجب أن لا يختلفا ههنا وإن كان قد فرضه لها لم يتنصف بأوت على الروايتين جميعا

(مسئلة) (فإن طلقها قبل الدخول لم يكن لها عليه إلا المتعة)

إذا طلقت المفوضة البضع قبل الدخول فليس لها إلا المتعة نص عليه أحمد في رواية جماعة وهو قول ابن عمر وابن عباس والحسن وعطاء وجابر بن زيد والشعبي والنخعي والزهري والثوري والشافعي وأبي عبيد وأصحاب الرأي وعن أحمد رواية أخرى أن لها نصف مهر مثلها لأنه نكاح صحيح بوجوب مهر المثل بعد الدخول فيوجب نصفه بالطلاق قبل الدخول كالمسمى لها محرما، وقال مالك والليث وابن أبي ليلى المتعة مستحبة غير واجبة لأن الله تعالى قال (حقا على المحسنين) فخصهم بها فيدل على أنها على سبيل الإحسان والتفضل والإحسان ليس بواجب ولأنها لو كانت واجبة لم يخص المحسنين دون غيرهم

لفرض المهر فكان حالة الزيادة كحالة العقد وبهذا فارق البيع والاجارة ، وقولهم انه لم يملك به شيئا من العقود عليه قلنا هذا يبطل بجميع الصداق فان المالك ما حصل به ولهذا صح خلوه عنه وهذا ألزم عندهم فانهم قالوا مهر المفوضة انما وجب بفرضه لا بالعقد ، وقد ملك البضم بدونه ثم انه يجوز أن يستند ثبوت هذه الزيادة الى حالة العقد فيكون كأنه ثبت بها جميعا كما قالوا في مهر المفوضة إذا فرضه وكما قلنا جميعا فيما إذا فرض لها أكثر من مهر مثلها . اذا ثبت هذا فان معنى لحوق الزيادة بالعقد أنه يثبت لها حكم المسمى في العقد في أنها تنتصف بالطلاق ولا تقتصر إلى شروط الهبة وليس معناه أن الملك يثبت فيها من حين العقد ، ولأنها ثبتت لمن كان الصداق له لان الملك لا يجوز تقديمه على سببه ولا وجوده في حال عدمه ، وانما يثبت الملك بعد سببه من حينئذ ، وقال القاضي في الزيادة وجه آخر أنها تسقط بالطلاق ، ولا أعرف وجه ذلك فان من جعلها صداقا جعلها تستقر بالدخول وتنتصف بالطلاق قبله وتسقط كلها اذا جاء الفسخ من قبل المرأة ، ومن جعلها هبة جعلها جميعها للمرأة لا تنتصف بطلاقها إلا أن تكون غير مقبوضة فإنها تسقط لكونها عدة غير لازمة . فان كان القاضي أراد ذلك فهذا وجه وإلا فلا

ولنا قول الله تعالى (ومتعوهن على الموسع قدره) والامر يقتضي الوجوب وقال تعالى (وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين) وقال تعالى (اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما كن علىهن من عدة تعتدونها فمتعوهن) ولأنه طلاق في نكاح يتقضي عوضا فلم يعر عن العوض كما لو سمي مهرأ واداء الواجب من الاحسان فلا تعارض بينهما

(فصل) فان فرض لها بعد العقد ثم طلقها قبله فلها نصف ما فرض لها ولا متعة وهذا قول ابن عمر وعطاء والشعبي والنخعي والشافعي وأبي عبيد ، وعن أحمد أن لها المتعة ويسقط المهر وهو قول أبي حنيفة لأنه نكاح عربي عن تسمية فوجبت المتعة كما لو لم يفرض لها

ولنا قوله تعالى (وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم) ولأنه مفروض ينقر بالدخول فينتصف بالطلاق قبله كما مضى في العقد

(فصل) والمتعة تجب على كل زوج لـكل زوجة مفوضة طلقت قبل الدخول وسواء في ذلك الحر والعبد والحررة والامة والمسلم والذمي والمسلمة والذمية وحكي عن أبي حنيفة لا متعة للذمية وقال الارزاعي ان كان الزوجان أو أحدهما رقيقا فلا متعة

ولنا عموم النص ولأنها قائمة مقام نصف المهر في حق من سمي فتجب لـكل زوجة على كل زوج كنصف المسمى ولأن ما يجب من الفرض يستوي فيه المسلم والكافر والحر والعبد كالمر

(فصل) فأما المفوضة المهر وهي التي يزوجهها على ما شاء أحدهما أو التي زوجها غير أبيها فغير

﴿مسئلة﴾ قال (فاذا اصدقها غمًا فتوالدت ثم طلقها قبل الدخول كانت الاولاد لها ورجع بنصف الامهات الا أن تكون الولادة نقصتها فيكون مخيرًا بين ان يأخذ نصف قيمتها وقت ما اصدقها او يأخذ نصفها ناقصة)

قد ذكرنا أن المهر يدخل في ملك المرأة بمجرد العقد فاذا زاد فالزيادة لها وان نقص فعليها ، واذا كانت غمًا فولدت فالاولاد زيادة منفصلة تنفرد بها دونها لانه ناء ملكها ورجع في نصف الامهات ان لم تكن نقصت ولا زادت زيادة منفصلة لانه نصف ما فرض لها ، وقد قال الله تعالى (وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم) وان كانت نقصت بالولادة أو غيرها فله الخيار بين أخذ نصفها ناقصا لانه راض بدون حقه وبين أخذ نصف قيمتها وقت ما اصدقها لان ضمان النقص عليها وهذا قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة لا يرجع في نصف الاصل ، وانما يرجع في نصف القيمة لانه لا يجوز فسخ العقد في الاصل دون الناء لأنه موجب العقد فلم يجوز جوعه في الاصل بدونه ولنا أن هذا ناء منفصل عن الصداق فلم يمنع رجوع الزوج كما لو انفصل قبل القبض وما ذكره فغير صحيح لان الطلاق ليس برفع للعقد ولا الناء من موجبات العقد انما هو من موجبات الملك اذا ثبت هذا فلا فرق بين كون الولادة قبل تسليمه اليها أو بعده إلا أن يكون قد منعها قبضه فيكون النقص من

اخذها بغير صداق أو التي مهرها فاسد فانه يجب لها مهر المثل ويتنصف بالطلاق قبل الدخول ولا تمتع لها هذا ظاهر كلام الحارقي وهو مذهب الشافعي ، وعن أحمد أزلاها المنة دون نصف المهر وهو الذي ذكره شيخنا في الكتاب كالمفوضة البضع وهو مذهب أبي حنيفة لانه خلا عنها عن تسمية صحيحة فأشبهت التي لم يسم لها شيء . ولنا أن هذه لها مهر وأجب قبل الطلاق فوجب أن يتنصف كما لو سماه أو نقول لم ترض بغير صداق فلم تجب المنة كالسمى لها ، وتنفارق التي رضيت بغير عوض فانها رضيت بغير صداق وعاد نصفها سليما فنرضت المنة بخلاف مسئلتنا

(فصل) وكل فريضة يتنصف بها المسمى توجب المنة اذا كانت مفوضة وما سقط به المسمى من الفرق كاختلاف الدين والفسخ بالرضاع ونحوه اذا جاء من قبلها لا يجب به متعة لانها أقيمت مقام نصف المسمى فسقطت في كل موضع يسقط كما تسقط الابدال اذا سقطت مبدلها

(فصل) قال أبو داود سمعت أحمد سئل عن رجل تزوج امرأة ولم يكن فرض لها مهر ثم وهب لها غلاما ثم طلقها قبل الدخول قال لها المنة ، وذلك لان الهبة لا تنقص بها المنة كما لا ينقص بها نصف المسمى وكأن المنة انما تجب بالطلاق فلا يصح قضاؤها قبله ولانها واجبة فلا تنقص بالهبة كالسمى

﴿مسئلة﴾ (على المومع قدره وعلى المقتر قدره ، فأعلاها خادم وأدناها كسوة يجوز لها أن تصلي فيها) وجه ذلك أن المنة معتبرة بحال الزوج في يساره وأعساره نص عليه أحمد وهو وجه لأصحاب

ضمانه والزيادة لها فتنفرد بالاولاد، وان نقصت الامهات خيرت بين أخذ نصفها ناقصة وبين أخذ نصف قيمتها أكثر ما كانت من يوم أصدقها الى يوم طلقها، وإن أراد زوج أخذ نصف قيمة الامهات من المرأة لم يكن له ذلك، وقال أبو حنيفة اذا ولدت في يد الزوج سم طلقها قبل الدخول رجع في نصف الاولاد أيضا لان الولد دخل في التسليم المستحق بالعقد لان حق التسليم تعاق بالام فسرى إلى الولد كحق الاستيلاء وما دخل في التسليم المستحق يتنصف بالطلاق كاذي دخل في العقد.

ولنا قول الله تعالى (فنصف ما فرضتم) وما فرض ههنا الا الامهات فلا يتنصف سواها ولان الولد حدث في ملكها فأشبهه ما حدث في يدها ولا يشبهه حق التسليم حق الاستيلاء فان حق الاستيلاء يسري وحق التسليم لاسرية له فان تلف في يد الزوج وكانت المرأة قد طالبت به فتمنعها ضمنه كالغاصب وإلا لم يضمنه لانه تيم لأمه

(فصل) والحكم في الصداق اذا كان جارية كالحكم في الغنم فاذا ولدت كان الولد لها كولد الغنم إلا أنه ليس له الرجوع في نصف الاصل لانه يفضي إلى التفريق بين الام وولدها في بعض الزمان وكما لا يجوز التفريق بينهما وبين ولدها في جميع الزمان لا يجوز في بعضه فيرجع أيضا في نصف قيمتها وقت ما أصدقها لا غير

(فصل) وإن كان الصداق بهيمة حائلا فخمت فالحمل فيها زيادة متصلة إن بذلتها له بزادتها لزمه

الشافعي والوجه الآخر هو معتبر بحال الزوجة لان المهر معتبر بها كذلك النعمة القائمة مقامه ومنهم من قال يجوز في النعمة ما يقع عليه الاسم كما يجوز في الصداق ذلك

ولنا قول الله تعالى (ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره) وهذا نص في أنها معتبرة بحال الزوج ولانها تختلف ولو اجزأ ما يقع عليه الاسم سقط الاختلاف، ولو اعتبر بحال المرأة لما كان على الموسع قدره وعلى المقتر قدره. إذا ثبت هذا فقد اختلفت الرواية عن أحمد فيها فروي عنه أعلاها خادم اذا كان موسرا وان كان فقيرا متعها كسوتها درعا وخمارا وثوبا نصلي فيه ونحو ذلك قال ابن عباس والزهرمي والحسن قال ابن عباس أعلى النعمة الخادم ثم دون ذلك النفقة ثم دون ذلك السكوة ونحو ما ذكرنا في أدناها قال الثوري والاوزاعي وعطاء ومالك وأبو عبيد وأصحاب الرأي قالوا درع وخمار وملحمة.

(مسألة) (وعن أحمد يرجع في تقديرها إلى الحاكم)

وهو أحد قولي الشافعي لانه أمر لم يرد الشرع بتقديره وهو مما يحتاج إلى الاجتهاد فيجب الرجوع فيه إلى الحاكم كسائر المجتهدين وعنه يجب لها نصف مهر ائيل ذكرها القاضي في المجرد فقال هي مقدرة بما يضاف مهر ائيل لانها بدل عنه فيجب أن تنقدربه، قال شيخنا وهذه الرواية تضعف لوجهين

قبولها وليس ذلك معدوداً نقصاً ولذلك لا يرد به المبيع ، وإن كان أمة فحملت فقد زادت من وجه لاجل ولدها ونقصت من وجه لان الحمل في النساء نقص لخوف التلف عليها حين الولادة ولهذا يرد بها المبيع فيئذ لا يلزمها بذلها لاجل الزيادة ولا يلزمه قبولها لاجل النقص وله نصف قيمتها ، وإن انفقا على ثنصيفها جاز ، وإن أصدقها حاملاً فولدت فقد أصدقها عينين الجارية ورلدها وزاد الولد في ملكها فان طلقها فرضيت ببذل النصف من الام والولد جميعاً أجبر على قبولها لانها زيادة غير متميزة وإن لم تبذله لم يجز له الرجوع في نصف الولد لزيادته ولا في نصف الام لما فيه من التفرقة بينها وبين ولدها ويرجم بنصف قيمة الام وفي نصف الولد وجهان

(أحدهما) لا يستحق نصف قيمته لانه حالة العقد لا قيمة له وحالة الانفصال قد زاد في ملكها فلا يقوم الزوج بزيادته ويفارق ولد المغرور ، فان وقت الانفصال وقت الحيلولة فلهذا قوم فيها بخلاف مسئلتنا .

(والثاني) له نصف قيمته لانه أصدقها عينين فلا يرجع في احدهما دون الاخرى ويقوم حالة الانفصال لانها أول حالة امكان تقويمه ، وفي المسئلة وجه آخر وهو أن الحمل لاحكم له فيكون كأنه حادث (فصل) اذا كان الصداق مكيلاً أو موزوناً فنقص في يد الزوج قبل تسليمه اليها أو كان غير المكيل والموزون فمنعها أن تسلمه فالتقص عليه لأنه من ضمانه وتخير المرأة بين أخذ نصفه ناقصاً

(أحدهما) أن نص الكتاب يقتضي تقديرها بحال الزوج وتقديرها بنصف المهر يوجب اعتبارها بحال المرأة لان مهرها معتبر بها لا بزوجه

(الثاني) أنا لو قدرناها بنصف مهر المثل لكانت نصف مهر المثل إذ ليس المهر معيناً في شيء ، ووجه الرواية الاولى قول ابن عباس أعلى المتعة الخادم ثم دون ذلك الكسوة رواه أبو حفص بإسناده وقدرها بكسوة يجوز لها الصلاة فيها لان الكسوة الواجبة بمطلق الشرع تنقدر بذلك كالكسوة في الكفارة والسترة في الصلاة ، وروي كنيف السلمي أن عبد الرحمن بن عوف طلق تماضر الكلبية فحرمها بجارية سوداء يعني متعها قال ابراهيم العرب تسمي المتعة التحميم وهذا فيما إذا نشأها في قدرها فنسمح لها بزيادة على الخادم أو رضيت بأقل من الكسوة جاز لان الحق لهما وهو ما يجوز بذله فجاز ما اتفق عليه كالصداق وقد روي عن الحسن بن علي أنه متع المرأة بعشرة آلاف درهم فقالت * متاع قليل من حبيب مفارق * (مسئلة) (فان دخل بها استقر مهر المثل لان الوطء في نكاح من غير مهر خالص لرسول الله ﷺ فان طلقها بعد ذلك فهل تجب المتعة ؟ على روايتين أحدهما لا تجب)

كل من وجب لها نصف المهر لم تجب لها متعة سواء كانت ممن سمي لها صداقاً أو لم يسم لها لكن فرض لها بعد العقد وبهذا قال أبو حنيفة فيمن سمي لها وهو قديم قولي الشافعي وروي عن أحمد لكل مطقة متاع وروي ذلك عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه والحسن

مع ارش النقص وبين أخذ نصف قيمته أكثر ما كانت من يوم أصدقها إلى يوم طلقها لأنه ان زادفلها وان نقص فعليه فهو بمنزلة الغاصب ولا يضمن زيادة القيمة لتغير الاسعار لانها ليست من ضمان الغاصب فهنا أولى .

﴿مسئلة﴾ قال (واذا أصدقها أرضاً فبنتها داراً أو ثوباً فصبتها ثم طلقها قبل الدخول رجع بنصف قيمته وقت ما أصدقها إلا أن يشاء أن يعطيها نصف قيمة البناء أو الصبغ فيكون له النصف أو تشاء هي أن تعطيه زائداً فلا يكون له غيره)

انما كان له نصف القيمة لأنه قد صار في الأرض والثوب زيادة للمرأة وهي البناء والصبغ فان دفعت اليه نصف الجميع زائداً فعليه قبوله لأنه حقه وزيادة ، وإن بذل لها نصف قيمة البناء والصبغ ويكون له النصف فقال الحرقى له ذلك ، قال القاضي هذا محمول على أنهما تراضيا بذلك لانها تجبر على قبوله لان بيع البناء معاوضة فلا تجبر المرأة عليها ، والصحيح أنها تجبر لان الأرض حصاة له وفيها بناء لغيره فاذا بذل القيمة لزم الآخر قبوله كالمشفع اذا أخذ الأرض بعد بناء المشتري فيها فبذل المشفع قيمته لزم المشتري قبولها ، وكذلك اذا رجع المغير في أرضه وفيها بناء أو غرس المستعير فبذل المغير قيمة ذلك لزم المستعير قبولها

وسعيد بن جبيرة وأبي قلابة والزهرى وقتادة والضحاك وأبي ثور لظاهر قوله تعالى (والمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين) وقوله سبحانه لنبيه عليه السلام (قل لأزواجك — الى قوله — فتمالين أم تمعن) فعلى هذه الرواية لكل مطلقة متاع سواء كانت مفوضة أو سمي لها مدخولاً بها أو غيرها لما ذكرنا وظاهر المذهب أن المتعة لا تجب إلا المفوضة التي لم يدخل بها إذا طلقت قال أبو بكر كل من روى عن أبي عبد الله فيما أعلم روى عنه أنه لا يحكم بالمتعة إلا لمن سمي لها مهر إلا حنبلاً روى عن أحمد أن لكل مطلقة متاعاً قال أبو بكر والعمل عليه عندي لولا تواتر الروايات عنه بخلافها

ولنا قوله تعالى (ولا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره) الآية فخص الأولى بالمتعة والثانية بنصف المفروض مع تنسيبه للنساء قسمين وإثباته لكل قسم حكماً فيدل ذلك على اختصاص كل قسم بحكمه وهذا يخص ما ذكره ويحتمل أن يحمل الأمر بالمتاع في غير المفوضة على الاستحباب كدلالة الآيتين اللتين ذكرناهما على نفى وجوبهما جميعاً بين دلالات الآيات والمعنى فانه عوض واجب في عقد فاذا سمي فيه عوض صحيح لم يجب غيره كسائر عقود المعاوضة ولانها لا تجب لها المتعة قبل الفرق ولا ما يقوم مقامها فلم يجب لها عند الفرقه كالمتر في عنها زوجها

(فصل) قد ذكرنا أن الزوج إذا طلق المسمى لها أو المفوضة المفروض لها بعد الدخول فلا

(فصل) اذا اصدقها نخلًا حائلًا فأمرت في يده فالشجرة لها لانها نماء ملكها فان جذها بعد تنهاها وجعلها في ظروف والقي عليها صفرًا من صفرها وهو سيلان الرطب بغير طبخ وهذا يفعله أهل الحجاز حفظًا لطوبتها لم يخل من ثلاثة أحوال (أحدها) أن لا تنقص قيمة الشجرة والصفر بل كانا بحالهما أو إذا فاته يردهما عليها ولا شيء عليه (الثاني) أن تنقص قيمتهما وذلك على ضربين (أحدهما) أن يكون نقصهما متناهيا فانه يدفعها اليها وأرض نقصها لانه تعدى بما فعله من ذلك (الضرب الثاني) أن لا يتناهى بل يزايد ففيه وجهان (أحدهما) أنها تأخذ قيمتها لانها كالمتسلكة (الثاني) هي خيرة بين ذلك وبين تركها حتي يستقر نقصها وتأخذها وأرضها كالمنصوب منه (الحال الثالث) أن لا تنقص قيمتها السكن إن أخرجها من ظروفها نقصت قيمتها فلزوج أخرجها وأخذ ظروفها ان كانت الظروف ملكه وإذا نقصت فالحكم على ما ذكرناه، وان قال الزوج انا اعطيكها مع ظروفها فقال القاضي يلزمها قبولها لان ظروفها كالمتصلة بها التابعة لها ويحتمل أن لا يلزمها قبولها لان الظروف عين ماله فلا يلزمها قبولها كالمتفصلة عنها (فصل) فان كانت بحالها إلا إن الصفر المتروك على الشجرة ملك الزوج فانه يزرع الصفر ويرد الشجرة والحكم فيها إن نقصت أو لم تنقص كالتى قبلها فان قال أنا أسلمها مع الصفر والظروف فعلى الوجهين الذين ذكرناهما وفي الموضع الذي حكمنا أن لهرده اذا قالت انا أرد الشجرة وأخذ الأصل فلها ذلك في أحد الوجهين والآخر ليس لها ذلك مبنيان على تفريق الصفقة في البيع وقد ذكرناهما في موضعها

متعة لواحدة منهما على رواية حنبل وذكرنا قول من ذهب اليه فظاهر المذهب أنه لا متعة لواحدة منهما وهو قول أبي حنيفة ولشافعي قولان كالروايتين وقد ذكرنا ذلك . إذا ثبت هذا فانه يستحب أن يتعها نص عليه أحمد فقال أنا أوجبها على من لم يسم لها صداقا فان كان قد سمى لها صداقا فلا أوجبها عليه واستحب أن يتمتع وان سمى لها صداقا، وإنما استحب ذلك لعدم النص الوارد فيها ودلالته على إيجابها وقول علي ومن سميها من الأئمة بها فلها امتنع الوجوب لدلالة الآيتين المذكورتين على نفي الوجوب ودلالة المعنى المذكور عليه تعين حمل الأدلة الدالة عليها على الاستحباب أو على أنه أريد به الخصوص، وأما المنع في غيرها فلا متعة لها بالاجماع لان النص العام لم يتناولها وإنما تناول المطائعات ولانها أخذت العوض المسمى لها في عقد المعاوضة فلم يجب لها به سواء كما في سائر العقود

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (ومهر المثل معتبر بما يداو بها من نساء عصباتها كأختها وعمتها وبنت أخيها وعمها) يعتبر جميع أقاربها كأما وخالاتها وقال مالك يعتبر بمن هي في مثل جمالها وماله وشرها ولا يختص بأقربائها لان الأغراض انما تختلف بذلك دون الأقارب

وانما قوله في حديث ابن مسعود لها مهر نساؤها ونساؤها أقاربها وما ذكره فنحن نشترطه ونشترط معه أن تكون من نساء أقاربها لانها أقرب الين ، وقوله انما يختلف بهذه الاوصاف دون الأقارب لا يصح لان المرأة تطلب لحسبها كما جاء في الاثر وحسبها يختص به أقاربها ويزداد المهر بذلك ويقل

(فصل) إذا كان الصداق جارية فوطئها الزوج عالما بزوال ملكه وتحريم الوطء عليه فعليه الحد لأنه وطء في غير ملكه وعليه المهر لسيدتها أكرهها أو طأوعته لأن المهر لمولاتها فلا يسقط ببذلها ومطأوعتها كالأول بذلت يدها للأطعم، والولد رقيق^(١) للمرأة وإن اعتقد أن ملكه لم يزل عن جميعها أو غير عالم بتحريمها عليه فلا حد عليه للشبهة وعليه المهر والولد حر لاحق نسبه به وعليه قيمته يوم ولادته ولا نصير أم ولد له وإن ملكها بعد ذلك لأنه لا ملك له فيها، وتخير المرأة بين أخذها في حال حملها وبين أخذ قيمتها لأنه نقصها باحبائها، وهل لها الارش مع ذلك؟ يحتمل أن لها الارش لأنها نقصت بعدوانه أشبه ما لو نقصها الغاصب بذلك، وقال بعض أصحاب الشافعي في الارش ههنا قولان وقال بعضهم ينبغي أن يكون لها المطالبة بالارش قولاً واحداً لأن النقص حصل بفعله الذي تعدى به فهو كأنه غاصب وكما لو طالبته فتمتع تسليمها وهذا أصح

وقد يكون الحي وأهل القرية لهم عادة في الصداق ورسم مقرر لا يشاركهم فيه غيرهم ولا يغيرونه بتغير الصفات فيعتبر ذلك دون سائر الصفات، واختلفت الرواية عن أحمد فيمن يعتبر من أفتارها فقال في رواية حنبل لها مهر مثلها من نساها من قبل أبيها فاعتبر بنساء العصباء خاصة وهذا مذهب الشافعي وقال في رواية اسحاق بن هاني، لها مهر نساها مثل أمها أو أختها أو عمها أو بنت عمها اختاره أبو بكر وهذا مذهب أبي حنيفة وابن أبي ليلى لأنهم من نساها والاولى أولى فإنه قد روي في قصة بروع أن رسول الله ﷺ قضى في تزويج بنت واشق بمثل مهر نساء قومها، ولأن شرف المرأة معتبر في مهرها وشرفها بنسبها وأمها وخالتها لا يساويانها في شرفها، وقد تكون أمها مولاة وهي شريفة، وقد تكون أمها قرشية وهي غير قرشية، وينبغي أن يكون الأقرب فالأقرب، فأقرب نساء عصباتها أخواتها لا غيرها، ثم عماتها، ثم بنات عمها الأقرب فالأقرب

﴿مسئلة﴾ (وتعتبر المساواة في المال والجمال والعقل والادب والسن والبكارة والنيوابة والبلد) وصراحة نسبها وكل ما يختلف لاجله الصداق وإنما اعتبرت هذه الصفات كلها لأن مهر المثل بدل متلف فاعتبرت الصفات المقصودة فيه فإن لم يكن في عصباتها من هو في مثل حالها فن نساء أرحامها كأبها وجداتها وخالاتها وبناتها.

﴿مسئلة﴾ (فإن لم يوجد إلا دونها زبدت بقدر فضيلتها) لأن زيادة فضيلتها تقتضي زيادة في المهر فتقدرت الزيادة بقدر الفضيلة، وإن لم يوجد إلا فوقها نقصت بقدر نقصها كأرش العيب بقدر نقص المبيع (فصل) ويجب مهر المثل حالاً لأنه بدل متلف فأشبهه قيم المتلفات ولا يكون إلا من نقد البلد لما ذكرنا ولا تلزم الدية لأنها تختلف باختلاف صفات المتلف بل هي مقدرة بالشرع فكانت بحكم ما جعله من الحلول والتأجيل فلا يعتبر بها غيرها ولأنها عدل بها عن سائر الأبدال فيمن وجب عليه فسذلك في تأجيلها تخفيفاً عنه بخلاف غيرها

(فصل) إذا أصدق ذي ذمية خمرًا فتخلت في يدها ثم طلقها قبل الدخول احتمل أن لا يرجع عليها بشي. لأنها قد زادت في يدها بالتخلل والزيادة لها، وإن أراد الرجوع بنصف قيمتها قبل التخلل فلا قيمة لها وإنما يرجع إذا زادت في نصف قيمتها أقل ما كانت من حين العقد إلى حين القبض وحينئذ لا قيمة لها، وإن تخلت في يد الزوج ثم طلقها فلها نصفها لأن الزيادة لها ويحتمل أن يكون الحل له وعليه نصف مهر مثلها إذا ترافعا إليها قبل القبض أو أسلما أو أحدهما

(فصل) إذا تزوج امرأة فضمن أبوه نفقتها عشر سنين صح ذكره أبو بكر لأن أكثر ما فيه أنه ضمان مجبول أو ضمان مالم يجب وكلاهما صحيح ولا فرق بين كون الزوج موسرًا أو معسرًا، واختلف أصحاب الشافعي فمنهم من قال كقولنا ومنهم من قال لا يصح الاضمان نفقة المعسر لأن غير المعسر يتغير حاله فيكون عليه نفقة الموسر أو المتوسط. فيكون ضمان مجبول والمعسر معلوم ما عليه ومنهم من قال لا يصح أصلاً لأنه ضمان مالم يجب

﴿مسئلة﴾ (فان كانت عادة نساها تأجيل المهر فرض مؤجلاً في أحد الوجهين)

لأنه مهر مثلها (والثاني) يفرض حالاً لما ذكرنا وإن كان عادتهم التخفيف عن عشرتهم دون غيرهم اعتبر ذلك وهذا مذهب الشافعي، فان قيل فإذا كان مهر المثل بدل متلف يجب أن لا يختلف باختلاف المتلف كسائر المتلفات، قلنا لا يكافئ سائر المتلفات فان سائر المتلفات المقصود بها المالية خاصة فلم تختلف باختلاف المتلفين والنكاح يتصدد به أعيان الزوجين فاختلف باختلافهم ولأن سائر المتلفات لا تختلف باختلاف العوائد والمهر يختلف بالعادات، فان المرأة ان كانت من قوم عادتهم تخفيف مهور نسايتهم وجب مهر المرأة منهم خفيفاً، وإن كانت أفضل وأشرف من نساء عادتهم تثقل المهر وعلى هذا متى كانت عادتهم التخفيف لمعنى مثل الشرف واليسار ونحو ذلك اعتبر جرياً على عادتهم

﴿مسئلة﴾ (فان لم يكن لها أقارب اعتبر شبهها من أهل بلدها) فان عدم ذلك اعتبرنا أقرب النساء شبهاً بها من أقرب البلاد إليها من غيرهم كما اعتبرنا قرابتها البعيد إذا لم يوجد القريب.

(فصل) قال رضي الله عنه (فأما إنكاح الفاسد فمضى افتراقاً قبل الدخول بطلاق أو غيره فلا مهر) لأن المهر يجب بالعقد والعقد فاسد، فان وجوده كعدمه ولا نه عقد فاسد فيخلو من العوض كالباع الفاسد

﴿مسئلة﴾ (فان دخل بها استقر المسمى وعنه يجب مهر المثل وهي أصح)

المنصوص عن أحمد أن لها المسمى لأن في بعض ألفاظ حديث عائشة «ولها الذي أعطاه بما أصاب منها» قال القاضي حدثناه أبو بكر البرقاني وأبو محمد الحلال باسناديهما، وقال أبو حنيفة الواجب الأقل من المسمى أو مهر المثل لأنها ان رضيت بدون مهر مثلها فليس لها أكثر منه كما لعقد الصحيح وان كان المسمى أكثر لم تجب الزيادة بعقد غير صحيح، والصحيح وجوب مهر المثل، أو ما إليه أحمد وهو ظاهر كلام الحنفي لقول النبي ﷺ «فان أصابها فلها المهر بما استحل من فرجها فجعل لها

ولنا أن الحمل لا يمنع صحة الضمان بدليل صحة نفقة المعسر مع اجتماع أن يموت أحدهما
تسقط النفقة ومع ذلك صح الضمان فكذلك هذا

(فصل) ويجب المهر المنكوحه نكاحا صحيحا والموطوءة في نكاح فاسد ، والموطوءة بشبهة بغير
خلاف نعلمه ، ويجب المكروهة على الزنا وعن أحمد رواية أخرى أنها لا مهر لها أن كانت ثيبا ، واختاره
أبو بكر ، ولا يجب مع ذلك أرش البكارة ، وذكر الفاضل أن أحمد قد قال في رواية أبي طالب في
حق الأجنبية إذا أكرهها على الزنا وهي بكر فعليه المهر وأرش البكارة ، وهذا قول الشافعي ، وقال
أبو حنيفة لا مهر المكروهة على الزنا

ولنا قول النبي ﷺ « فلها المهر بما استحل من فرجها » وهذا حجة على أبي حنيفة فإن المكروه مستحل
لفرجها فإن الاستحلال الفعل في غير موضع الحل كقوله عليه السلام « ما آمن بالقرآن من استحل
محرمة » وهو حجة على من أوجب الارش لكونه أوجب المهر وحده من غير أرش ولأنه استوفى
ما يجب بدله بأشبهة ، وفي العقد الفاسد كرها فوجب بدله كاتلاف المال وأكل طعام الغير

المهر بالاصابة ، والاصابة إنما توجب مهر المثل ولأن العقد ليس بموجب بدليل الخبر وأنه لو طلقها قبل مسيسها
لم يكن لها شيء وإذا لم يكن موجبا كان وجوده كعدمه وبقي الوطء موجبا بمفرده فأوجب مهر المثل
كوطء الشبهة ولأن القسمة لو فسدت لوجب مهر المثل فإذا فسد العقد من أصله كان أولى ، وقول
أبي حنيفة إنها رضيت بدون صداقها إنما يصح إذا كان العقد هو الموجب ، وقد بينا أنه إنما يجب
بالاصابة فيوجب مهر المثل كاملا كوطء الشبهة .

﴿ مسألة ﴾ (ولا يستقر بالخلوة)

وهو قول أكثر أهل العلم ، وقال أصحابنا يستقر قياساً على العقد الصحيح ونص عليه أحمد
والاول أولى لأن الصداق لم يجب بالعقد وإنما أوجبه الوطء ولم يوجد ولذلك لا يتنصف بالطلاق
قبل الدخول فأشبهه الخلوة بالأجنبية ولأن النبي ﷺ إنما جعل لها المهر بما استحل من فرجها ولم يوجد
ذلك في الخلوة بغير إصا به وقد ذكرناه .

(فصل) إذا تزوجت المرأة تزويجاً فاسداً لم يحل تزويجها لغير من تزوجها حتى يطلقها أو
يفسخ نكاحها فإن امتنع من طلاقها ففسخ الحاكم نكاحه نص عليه أحمد ، وقال الشافعي لا حاجة إلى
فسخ ولا طلاق لأنه نكاح غير منعقد أشبه النكاح في العدة

ولنا أنه نكاح يسوغ فيه الاجتهاد فاحتيج في التفريق إلى إيقاع فرقة كالصحيح المختلف فيه
ولأن تزويجها من غير فرقة يفضي إلى تسليط زوجين عليها كل واحد منهما يعتقد صحة نكاحه
وفساد نكاح الآخر ويفارق النكاح الباطل من هذين الوجهين فعلى هذا متى تزوجت بآخر قبل

وانما على أنه لا يجب الارش أنه وطء ضمن بالمهر فلم يجب معه أرش كسائر الوطء يحققه أن المهر بدل المنفعة المستوفاة بالوطء وبذل المتلف لا يختلف بكونه في عقد فاسد وكونه تمحض عدوانا ولان الارش يدخل في المهر لكون الواجب لها مهر المثل ومهر البكر يزيد على مهر الثيب ببيكرتها فكانت الزيادة في المهر مقابلة لما أنف من البكارة فلا يجب عوضها مرة ثانية يحققه أنه اذا أخذ أرش البكارة مرة لم يجوز أخذه مرة أخرى فتصير كأنها معدومة فلا يجب لها الا مهر ثيب ، ومهر الثيب مع أرش البكارة هو مهر مثل البكر فلا تجوز الزيادة عليه والله أعلم

(فصل) ولا فرق بين كون الموطوءة أجنبية أو من ذوات محارمه وهو اختيار أبي بكر ومذهب النخعي ومكحول وأبي حنيفة والشافعي ، وعن احمد رواية أخرى أن ذوات محارمه من النساء لا مهر لهن وهو قول الشعبي لان تحريمهن تحريم أصل فلا يستحق به مهر كاللواط وفارق من حرمت تحريم المصاهرة فان تحريمها طاري ، وكذلك ينبغي أن يكون الحكم في من حرمت بالرضاع لانه طاري أيضاً ،

التفريق لم يصح الثاني ولم يجوز تزويجها حتى يطلق الاولان أو يفسخ نكاحها ومتى كان التفريق قبل الدخول فلا مهر لانه عقد فاسد لم يتصل به قبض فلم يجب به عوض كالبيع الفاسد وان كان بعد الدخول فلها المهر لما ذكر وان تكررو الوطء لم يجب به أكثر من مهر واحد بدليل قوله عليه الصلاة السلام « فلما المهر بما استحل من فرجها » ولانه إصابة في عقد أشبه الاصابة في العقد الصحيح (مسئلة) (ويجب مهر المثل للموطوءة بشبهة والمكرهة على الزنا ولا يجب معه أرش البكارة ويحتمل أن يجب للمكرهة)

وأما الموطوءة بشبهة فيجب لها مهر المثل بغير خلاف علمناه ويجب للمكرهة على الزنا في ظاهر المذهب ، وعن أحمد لا يجب لها مهر إن كانت ثيبا اخاره أبو بكر ولا يجب معه أرش البكارة ، وذكر القاضي أن أحمد ذكر في رواية أبي طالب في حق الأجنبية اذا أكرهها على الزنا فعليه المهر وارش البكارة وهذا قول الشافعي ، وقال أبو حنيفة لا مهر للمكرهة على الزنا .

ولنا قول النبي ﷺ « فلما المهر بما استحل من فرجها » وهي حجة على أبي حنيفة فان المكرهة مستحل لفرجها فان الاستحلال الفعل في غير موضع الحل لقوله عليه السلام « ما آمن بالقرآن من استحل محارمه » وهو حجة أيضاً على من أوجب الارش لكونه أوجب المهر وحده من غير ارش ولانه استوفى ما يجب بدله بالشبهة وفي العقد الفاسد فوجب بالتعدي كاتلاف المال وأكل طعام الغير ولنا انه لا يجب الارش لانه وطء ضمن بالمهر فلم يجب معه أرش كسائر الوطء يحققه ان المهر بدل المنفعة المستوفاة بالوطء وبذل المتلف لا يختلف بكونه في عقد فاسد وكونه تمحض عدوانا ولان الارش يدخل في المهر لكون الواجب لها مهر المثل ومهر البكر يزيد على مهر الثيب ببيكرتها فكانت الزيادة في المهر مقابلة لما أنف من البكارة ولا يجب عوضها مرة ثانية يحققه انه اذا أخذ أرش البكارة مرة لم يجوز أخذه

وعن أحمد رواية أخرى أن من تحرم ابنتها لامهر لها كالام والبنت والاخت ومن محل ابنتها كالعمة والحالة فلها المهر لان تحريمها أخف

ولنا أن ما ضمن للاجنبي ضمن المناسب كالام ومهر الامة ولانه أتلّف منفعة بضعها بالوطء فلزمه مهرها كالأجنبية ، ولانه محل مضمون على غيره فوجب عليه ضمانه كالام ، وبهذا فارق اللواط فانه ليس بمضمون على أحد

(فصل) ولا يجب المهر بالوطء في الدبر ولا اللواط لان الشرع لم يرد ببذله ، ولا هو اتلاف شيء فأنشبه القبلة ، والوطء دون الفرج ولا يجب للمطوعة على الزنا لانها باذلة لما يجب بذله لها فلم يجب لها شيء كما لو أذنت له في قطع يدها فقطعها إلا أن تكون أمة فيكون المهر لسيدها ولا يسقط ببذله لان الحق لغيرها فأنشبه ماله بذات قطع يدها

مرة أخرى فتصير كأنها معدومة ولا يجب لها إلا المهر ثيب ومهر الثيب مع ارش البكارة هو مهر البكر فلا تجوز الزيادة عليه

(فصل) ولا فرق بين كون الموطوءة أجنبية أو من ذوات محارمه وهو اختيار أبي بكر ومذهب النخعي ومكحول وأبي حنيفة والشافعي وعن أحمد رواية أخرى ان النساء من ذوات محارمه لا مهر لهن وهو قول الشعبي لان تحريمهن تحريم أصل فلا يجب به مهر كاللواط وفارق من حرمت تحريم المصاهرة فان تحريمها طال ، وكذلك ينبغي أن يكون الحكم فيمن حرمت بالرضاع لانه طارئ وكذلك ينبغي أن يكون الحكم فيمن حرمت بالرضاع لانه طارئ أيضاً ، وعن أحمد رواية أخرى ان من تحرم ابنتها لا مهر لها كالام والبنت والاخت ومن محل ابنتها كالعمة والحالة فلها المهر لان تحريمها أخف. ولنا أن ما ضمن للاجنبي ضمن المناسب كالام ومهر الامة ولانه أتلّف منفعة بضعها بالوطء فلزمه مهرها كالأجنبية ولانه محل مضمون على غيره فوجب عليه ضمانه كالام وبهذا فارق اللواط فانه غير مضمون على أحد

(فصل) ولا يجب المهر بالوطء في الدبر ولا اللواط لان الشرع لم يرد ببذله ولا هو اتلاف شيء فأنشبه القبلة والوطء دون الفرج ، وقال في المحرر يجب بوطء المرأة في الدبر كالوطء في القبل والاول أولى لانه ليس بسبب للبضعية أشبه اللواط ، ولا يجب للمطوعة على الزنا لانها باذلة لما يجب بذله لها فلم يجب شيء كما لو أذنت له في قطع يدها فقطعها إلا أن تكون أمة فيكون المهر لسيدها ولا يسقط ببذله لان الحق لغيرها فأنشبه ماله بذات قطع يدها

(فصل) ومن طلق امرأته قبل الدخول طلاقاً وظن أنها لا تبين بها فوطئها لزمه مهر المثل ونصف المسمى ، وقال مالك لا يلزمه إلا مهر واحد .

ولنا أن المفروض تنصف بطلاقه بقوله سبحانه (فنصف ما فرضتم) ووطؤه بعد ذلك عري عن الفعل فوجب به مهر المثل كما لو علم أو كفرها أو كما لو وطئها غيره فلما من نكاحها باطل بالإجماع

(فصل) ولو طلق امرأته قبل الدخول طلاقاً وظن أنها لاثنين بها فوطئها لزمه مهر المثل ونصف المسمى ، وقال مالك لا يلزمه إلا مهر واحد
ولنا أن المفروض يقتضيه بطلان قوله سبحانه (فنصف ما فرضتم أو وطئوه بعد ذلك عري عن العتق فوجب به مهر المثل كما لو علم أو كغيرها أو كما لو وطئها غيره
(فصل) ومن نكحها باطل بالاجماع كالزوجة والمعتدة إذا نكحها رجل فوطئها عالماً بالحال ،
وتحريم الوطء وهي مطاوعة عالمة فلا مهر لها لأنه زنا بوجوب الحد وهي مطاوعة عليه ، وإن جهلت تحريم ذلك
أو كونها في العدة فالمرأه لا نهوطء شبهة

وقد روى أبو داود بإسناده أن رجلاً يقال له نصر بن أكتم نكح امرأة فولدت لأربعة أشهر فجعل النبي ﷺ لها الصداق . وفي لفظ قال « الصداق بما استحل من فرجها فإذا ولدت فاجلدوها »

كالزوجة والمعتدة إذا نكحها رجل فوطئها عالماً بالحال وتحريم الوطء وهي مطاوعة عالمة فلا مهر لأنه زنا بوجوب الحد وهي مطاوعة عليه وإن جهلت تحريم ذلك أو كونها في العدة فالمرأه لا نهوطء شبهة
وقد روى أبو داود بإسناده أن رجلاً يقال له نصر بن أكتم نكح امرأة فولدت لأربعة أشهر فجعل النبي ﷺ لها الصداق بما استحل من فرجها وفي لفظ قال « الصداق بما استحل من فرجها فإذا ولدت فاجلدوها » وروى سعيد في سننه عن عمران بن كثير أن عبيد الله بن الحر تزوج امرأة من قومه يقال لها الدرداء فانطلق عبيد الله فاحق بمعاوية ومات أبو الجارية فزوجها أهلها رجلاً يقال له عكرمة فبلغ ذلك عبيد الله فقدم نخاصمهم إلى علي فقصوا عليه قصتهم فرد عليه المرأة وكانت حاملاً من عكرمة فوضعت على يد عدل فقالت المرأة لبي أنا أحق بما لي أو عبيد الله؟ قال بل أنت أحق بما لك . قالت فاشهدوا أن ما كان لي عند عكرمة من صداق فهو له . فلما وضعت ما في بطنها ردها على عبيد الله بن الحر وألحق الولد بأبيه
﴿مسئلة﴾ (وإذا دفع أجنبية فأذهب عذرتها فعليه ارش بكارتها)

وقال القاضي يجب مهر المثل إذا دفع أجنبية فأذهب عذرتها أو فعل ذلك بأصبعه أو غيرها فعليه ارش بكارتها وهو مذهب الشافعي لأنه اتلاف حر لم يرد الشرع بتقدير عوضه فرجع في دينه إلى الحكومة كسائر ما لم يقدر ولأنه إذا لم يكمل به الصداق في حق الزوج ففي حق الأجنبي أولى وروي عن أحمد أن لها صداق نساها اختاره القاضي وقال أحمد إن زوج امرأة فدفعها هو وأخوه فأذهب عذرتها ثم طلقها قبل الدخول فعلى الزوج نصف المهر وعلى الأخ نصفه روي عن علي وابنه الحسن وعبد الله بن معقل وعبد الملك بن مروان فروى سعيد ثنا هشيم ثنا مغيرة عن إبراهيم أن رجلاً كان عنده أجنبية فخافت امرأته أن يتزوجها فاستعانت نسوة فضبطنها لها فأفسدت عذرتها وقالت لزوجها إنما فخرت فأخبر علي رضي الله عنه بذلك فأرسل إلى امرأته والنسوة فلما أتته لم يلبثن أن اعترفن فقال للحسن بن علي أفض فيها يا حسن فقال الحد على من قذفها والمهر عليها وعلى الممسكات فقال علي لو كلفت

وروى سعيد في سننه عن عمران بن كَثِير أن عبد الله بن الحر تزوج جارية من قومه يقال لها الدرداء فانطلق عبيد الله فلحق بها وية ومات أبو الجارية فزوجها أهلها رجلا يقال له عكرمة فبلغ ذلك عبيد الله فقدم فخاصمهم إلى علي رضي الله عنه فقصوا عليه قصتهم فرد عليه المرأة وكانت حاملا من عكرمة فوضعت على يدي عدل فقالت المرأة لعلي أنا أحق بمالي أو عبيد الله؟ قال بل أنت أحق بمالك قالت فاشهدوا أن ما كان لي على عكرمة من صداق فهو له ، فلما وضعت ما في بطنها ردها على عبيد الله بن الحر وألحق الولد بأبيه .

(فصل) والصداق اذا كان في الذمة فهو دين اذا مات من هو عليه وعليه دين سواء قسم ماله بينهم بالخصص ، قال احمد في مريض تزوج في مرضه وعليه دين ومات : مات ترك بين الغرماء والمرأة بالخصص وذلك لان نكاح المريض صحيح والصداق دين فتساوى سائر الديون

الابل طحنا لطحنت وما يطحن يومئذ بعير قال ثنا هشيم أنا اسماعيل بن سالم أخبرنا الشعبي أن جواريا أربعا قالت احداهن هي رجل وقالت الاخرى هي امرأة وقالت الثالثة هي أبو التي زعمت أنها رجل وقالت الرابعة هي أبو التي زعمت أنها امرأة فخطبت التي زعمت أنها أبو الرجل التي زعمت أنها أبو المرأة فزوجوها إياها فعمدت إليها فافسدتها باصبعها فرفع ذلك إلى عبد الملك بن مروان فحمل الصداق بينهما أربعا وألقى حصاة التي أمكنت من نفسها فبلغ ذلك عبد الله بن معقل فقال لو وابت أنا لجملت الصداق على التي أفسدت الجارية وحدها وهذه قصص نشرت ولم تسكر فكانت اجماعا ولان اتلاف العذرة مستحق بمقد النكاح فاذا أنلفه أجنبي وجب المهر كنفقة البضع والقول الاول هو القياس لولا ما روي عن الصحابة رضي الله عنهم وأرشد البكارة ما بين مهر البكر والثيب والله أعلم

﴿مسئلة﴾ (فان فعل ذلك الزوج ثم طلق قبل الدخول لم يكن لها عليه إلا نصف المسمى) وقال أبو يوسف ومحمد عليه الصداق كاملا لانه أذهب عذرتها في نكاح صحيح فأشبهه ما لو أذهبها بالوطء .

ولنا قول الله تعالى (وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم) وهذه مطلقة قبل المسيس فأشبه ما لو لم يدفعها ولانه أنف ما يستحق اتلافه بالعقد فلم يضمه لغيره كما لو أنلف عذرة أمته ويتخرج أن يجب لها الصداق كاملا فان أحمد قال إذا فعل ذلك أجنبي عليه الصداق ففيم إذا فعله الزوج أولى فان ما يجب به الصداق ابتداء أحق بتقدير الصداق وقد روي عن أحمد فيمن أخذ امرأته وقبض عليها أو نظر إليها وهي عريانة أن عليه الصداق كاملا فهذا أولى

﴿مسئلة﴾ (وللرأة منع نفسها حتى تقبض مهرها إذا كان حالا) قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن للمرأة أن تمتنع من دخول الزوج عليها حتى يعطيها مهرها فان قال الزوج لا أسلم إليها الصداق حتى أسلمها أجبر على تسليم الصداق أولا ثم تجبر

(فصل) وكل فرقة كانت قبل الدخول من قبل المرأة مثل اسلامها أو ردتها أو ارضاعها من ينفسخ النكاح بارضاعه أو ارضاعها وهي صغيرة أو فسخت لاعساره أو عيبه أو لعنتها تحت عبد أو فسخته بعيبها فانه يسقط به مهرها ولا يجب لها دتمة لانها أتلفت المعوض قبل تسليمه فسقط البذل كله كالباثع يتلف المبيع قبل تسليمه ، وإن كانت بسبب الزوج كطلاقه وخلعه وإسلامه وردته أو جاءت من أجنبي كالرضاع أو وطء ينفسخ به النكاح سقط نصف المهر ووجب نصفه أو النعمة لغير من سمي لها ثم يرجع الزوج على من فسخ النكاح إذا جاء الفسخ من قبل أجنبي ، وإن قتلت المرأة استقر المهر جميعه لانها فرقة حصت بالموت وانتهى النكاح فلا يسقط بها المهر كما لو ماتت حنف أنفها سواء قتلها زوجها أو أجنبي أو قتلت نفسها أو قتل الامة سيدها ، وإن طاق الحاكم على الزوج في الايلاء فهو كطلاقه لانه قام مقامه في إيفاء الحق عليه عند امتناعه منه وفي فرقة الاعان روايتان

هي على تسليم نفسها ومذهب الشافعي في هذا على نحو مذهبه في البيع ولنا أن في اجبارها على تسليم نفسها أولا خطر إتلاف البضع والامتناع من بذل الصداق فلا يمكن الرجوع في البضع بخلاف المبيع الذي يجبر على تسليمه قبل تسليم ثمنه فاذا تقرر ذلك فلها التفقة إن امتنعت لذلك وإن كان معسراً بالصداق لان امتناعها بحق فان كان الصداق مؤجلاً فليس لها منع نفسها قبل قبضه لان رضاها بتأجيله رضى منها بتسليم نفسها قبل قبضه كالثن المؤجل في البيع فان حل المؤجل قبل تسليم نفسها لم يكن لها منع نفسها أيضاً لان التسليم قد وجب عليها واستقر قبل قبضه فلم يكن لها أن تمتنع منه فان كان بعضه حالاً وبعضه مؤجلاً فلها منع نفسها قبل قبض العاجل دون الآجل فان سلمت نفسها قبل قبضه ثم أرادت منع نفسها حتى تقبضه فهل لها ذلك ؟ على وجهين وقد توقف أحمد رحمه الله عن الجواب في هذه المسئلة وذهب أبو عبد الله بن بطة وأبو اسحاق بن شاقلا الى أنها ليس لها ذلك وهو قول مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد لان التسليم استقر به العوض برضى المسلم فلم يكن لها أن تمتنع نفسها بعد ذلك كما لو سلم البائع المبيع وذهب أبو عبد الله بن حامد الى أن لها ذلك وهو مذهب أبي حنيفة لانه تسليم يوجب عليها عقد النكاح فلا تكت أن تمتنع منه قبل قبض صداقها الاول فأما إن وطئها مكرهه لم يسقط حقها من الامتناع لانه حصل بغير رضاها فهو كالبيع إذا أخذه المشتري من البائع كرها فان أخذت الصداق فوجدت به عيباً فلها منع نفسها حتى يبذله أو يعطيها ارشه لان صداقها صحيح وإن لم تعلم عيبه حتى سلمت نفسها خرج على وجهين فيما إذا سلمت نفسها قبل قبض صداقها ثم بدالها أن تمتنع والاولى ههنا أن لها الامتناع لانها انما سلمت نفسها ظاهراً أنها قد قبضت صداقها بخلاف المسئلة المقيس عليها وكل موضع قلنا لها الامتناع من تسليم نفسها فلها السفر بغير إذن الزوج لانه لم يثبت للزوج عليها حق الحبس فصارت كمن لا زوج لها، ولو بقي منه درهم كان كبقاء جميعه لان كل من ثبت له الحبس بجميع البذل

(احداها) هي كطلاقه لان سبب اللعان قذفه الصادر منه (والثانية) يسقط به مهرها لان الفسخ عقيب لعانها فهو كفسخها لهته وفي فرقة شرائها لزوجها أيضا روايتان (احداها) ينصف بها مهرها لان البيع الموجب للفسخ ثم بالسيد القائم مقام الزوج والمرأة فأشبهه الخلع (والثانية) يسقط المهر لان الفسخ وجد عقيب قبولها فأشبهه فسخها لعنته وفيما اذا اشترى الحر امرأته وجهان مبنيان على الروايتين في شرائها لزوجها ، واذا جعل لها الخيار فاخترت نفسها أو وكلها في الطلاق فطقت نفسها فهو كطلاقه لا يسقط مهرها لان المرأة وإن باشرت الطلاق فهي نائبة عنه ووكيله له وفعل الوكيل كفعل الموكل فكأنه صدر عن مباشرته ، وإن علق طلاقها على فعل من قبلها لم يسقط مهرها لان السبب منه وجد ، وإنما هي حققت شرطه والحكم ينسب إلى صاحب السبب والله أعلم .

ثبت له الحبس ببعضه كسائر الديون

﴿ مسألة ﴾ (وإن أعسر بالمهر قبل الدخول فلها الفسخ إذا كان حالا)

اختاره أبو بكر لانه تعذر الوصول الى عوض العقد قبل تسليم العوض فكان لها الفسخ كما لو أعسر المشتري بالثمن قبل تسليم المبيع وفيه وجه آخر ليس لها الفسخ اختاره ابن حامد قال شيخنا وهو الصحيح لانه دين فلم يفسخ بالاعسار به كالفنقة الماضية ولانه لا نص فيه ولا يصح قياسه على الثمن في المبيع لان الثمن كان مقصود البائع والعادة تعجيله والصداق فضلة ومحملة ليس هو المقصود في النكاح ولذلك لا يفسد النكاح بفساده ولا بترك ذكره والعادة تأخيره ولان أكثر من يشتري بثمان حال يكون موسراً به وليس الاكثر أن من يتزوج بمهر يكون موسراً به وفيه وجه ثالث أنه ان أعسر قبل الدخول فلها الفسخ كما لو أفلس المشتري والمبيع بحاله فان كان بعد الدخول لم يملك الفسخ لان المعقود عليه قد استوفى فأشبهه ما لو أفلس المشتري بعد تلف المبيع أو بعضه وللشافعي نحو هذه الوجوه وقيل إذا أعسر بعد الدخول انبنى على منع نفسها إن قلنا لها منع نفسها بالدخول فلها الفسخ كما قبل الدخول، وإن قلنا ليس لها منع نفسها فليس لها الفسخ كما لو أفلس بدين آخر

﴿ مسألة ﴾ (ولا يجوز الفسخ في ذلك كله إلا بحكم حاكم)

لانه فسخ يجتهد فيه محتاتف فيه فأشبهه الفسخ لائمة والفسخ للاعسار بالنفقة ولانه لو فسخ بغير حكم اعتقدت أن النكاح انفسخ وأبيح لها أن تتزوج والزوج يعتقد أنها زوجته لم يفسخ نكاحها فيصير للمرأة زوجان كل واحد يعتقد حلها له وتحريمها على الآخر وهذا لا يجوز في الاسلام وفيه وجه آخر أنه يجوز بغير حكم حاكم كخيار المعتقة تحت العبد والصحيح الاول ولا يصح قياسه على المعتقة لان ذلك متفق عليه وهذا مختلف فيه

كتاب الوليمة

الوليمة اسم للطعام في العرس خاصة لا يقع هذا الاسم على غيره كذلك حكاه ابن عبد البر عن ثعلب وغيره من أهل اللغة ، وقال بعض الفقهاء من أصحابنا وغيرهم إن الوليمة تقع على كل طعام لسرور حادث إلا أن استعمالها في طعام العرس أكثر وقول أهل اللغة أقوى لأنهم أهل اللسان وهم أعرف بموضوعات اللغة وأعلم بلسان العرب ، والعذيرة اسم لدعوة الختان وتسمى الاعذار والخرس والحرس عند الولادة ، والوكيرة دعوة البناء يقال وكر وخرس مشدد ، والنقيعة عند قدوم الغائب يقال تقع مخفف ، والعقيقة الذبح لأجل الولد . قال الشاعر :

كل الطعام تشتهي ربيعه الخرس والاعذار والنقيعة

والحذاق الطعام عند حذاق الصبي ، والمأدبة اسم لكل دعوة لسبب كانت أو لغير سبب ، والآدب صاحب المأدبة . قال الشاعر :

نحن في المشتاة ندعو الجفلى لا يرى الآدب منا ينتقر
والجفلى في الدعوة أن يعم الناس بدعوته والنقري هو أن يخص قوماً دون قوم

﴿باب الوليمة﴾

وهي اسم لدعوة العرس خاصة لا يقع هذا الاسم على غيره كذلك حكاه ابن عبد البر عن ثعلب وغيره من أهل اللغة وقال بعض أصحابنا وغيرهم إنها تقع على كل طعام لسرور حادث إلا أن استعمالها في طعام العرس أكثر وقول أهل اللغة أقوى لأنهم أهل اللسان وهم أعرف بموضوعات اللغة وأعلم بلسان العرب والعذيرة اسم لدعوة الختان وتسمى الاعذار والخرس والحرس ، وعند الولادة والذكيرة دعوة البناء يقال ذكر وخرس مشدد والنقيعة عند قدوم الغائب يقال تقع مخفف والعقيقة الذبح لأجل الولد . قال الشاعر :

كل الطعام تشتهي ربيعه الخرس والاعذار والنقيعة

والحذاق الطعام عند حذاق الصبي والمأدبة اسم لكل دعوة لسبب كانت أو لغير سبب والآدب صاحب المأدبة قال الشاعر :

نحن في المشتاة ندعو الجفلى لا يرى الآدب منا ينتقر
والجفلى في الدعوة أن يعم الناس بدعوته والنقري هو أن يخص قوماً دون قوم
﴿مسئلة﴾ (وهي مستحبة)

لا خلاف بين أهل العلم في أن الوليمة في العرس سنة مشروعة لما روي أن النبي ﷺ أمر بها

﴿ مسألة ﴾ قال (ويستحب لمن تزوج ان يولم ولو بشاة)

لا خلاف بين أهل العلم في أن الوليمة سنة في العرس مشروعة لما روي أن النبي ﷺ أمر بها وفعلها فقال لعبد الرحمن بن عوف حين قال تزوجت « أولم ولو بشاة » وقال أنس ما أولم رسول الله ﷺ على امرأة من نسائه ما أولم على زينب جعل يبعثني فأدعوه الناس فاطعمهم خبزاً ولحماً حتى شبعوا ، وقال أنس ان رسول الله ﷺ اصطفى صفية لنفسه فخرج بها حتى بلغ ثنية الصهباء فبنى بها ثم صنع حيساً في نطع صغير ثم قال « ائذن لمن حولك » فكانت وليمة رسول الله ﷺ على صفية ، متفق عليهم ، ويستحب أن يولم بشاة ان أمكنه ذلك لقول رسول الله ﷺ لعبد الرحمن « أولم ولو بشاة » وقال أنس ما أولم النبي ﷺ على شيء من نسائه ما أولم على زينب أولم بشاة ، لفظ البخاري فان أولم بغير هذا جاز فقد أولم النبي ﷺ على صفية بحيس ، وأولم على بعض نسائه بمدين من شعير ، رواه البخاري

(فصل) وليست واجبة في قول أكثر أهل العلم ، وقال بعض أصحاب الشافعي هي واجبة لان النبي ﷺ أمر بها عبد الرحمن بن عوف ولان الاجابة اليها واجبة فكانت واجبة ولما انها طعام لسرور حادث فأشبهه سائر الأطعمة والخبر محمول على الاستحباب بدليل ما ذكرناه

وفعلها فقال لعبد الرحمن بن عوف حين قال له تزوجت « أولم ولو بشاة » وقال أنس ما أولم رسول الله ﷺ على امرأة من نسائه ما أولم على زينب جعل يبعثني أدعوه له الناس فاطعمهم لحماً وخبزاً حتى شبعوا وقال أنس ان رسول الله ﷺ اصطفى صفية لنفسه فخرج بها حتى بلغ ثنية الصهباء فبنى بها ثم صنع حيساً في نطع صغير ثم قال « ائذن لمن حولك » فكانت وليمة رسول الله ﷺ على صفية متفق عليهم ويستحب أن يولم بشاة لحديث عبد الرحمن بن عوف وقال أنس ما أولم النبي ﷺ على شيء من نسائه ما أولم على زينب أولم بشاة لفظ البخاري فان أولم بغير هذا جاز فقد أولم النبي ﷺ على صفية بحيس وأولم على بعض نسائه بمدين من شعير

(فصل) وليست واجبة في قول أكثر أهل العلم وقال بعض أصحاب الشافعي هي واجبة لان النبي ﷺ أمر بها عبد الرحمن بن عوف ولان الاجابة اليها واجبة

ولما أنها طعام لسرور حادث فأشبهه سائر الأطعمة والخبر محمول على الاستحباب لما ذكرنا وكونه أمر بشاة ولا خلاف في أنها لا تجب وما ذكره من المعنى لأصل له ثم هو باطل بالاسلام ليس هو بواجب واجبة المسلم واجبة .

﴿ مسألة ﴾ (والاجابة اليها واجبة إذا عينه الداعي المسلم في اليوم الاول)

(الجزء الثامن)

(١٤)

(المغني والشرح الكبير)

وكونه أمر بشاة ولا خلاف في انّها لا تجب وماذكروه من المعنى لا أصل له ثم هو باطل بالسلام ليس
بواجب واجابة المسلم واجبة

﴿مسئلة﴾ قال (وعلى من دعي ان يجيب)

قال ابن عبد البر لا خلاف في وجوب الاجابة الى الولية لمن دعي اليها اذا لم يكن فيها لهو وبه
يقول مالك والشافعي والحنيفي وأبو حنيفة وأصحابه ومن أصحاب الشافعي من قال هي من فروض
الكفايات لان الاجابة إكرام وموالة فهي كرد السلام

ولنا ما روى ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال « إذا دعي أحدكم الى الولية فليأتها » وفي لفظ
قال قال رسول الله ﷺ « أجيبوا هذه الدعوة إذا دعيت اليها » وقال أبو هريرة شر الطعام طعام
الولية يدعى لها الاغنياء ويترك الفقراء ومن لم يجب فقد عصى الله ورسوله . رواه البخاري ،
وهذا عام ، ومعنى قوله شر الطعام طعام الولية والله أعلم أي طعام الولية التي يدعى اليها الاغنياء ويترك
الفقراء ولم يرد ان كل وليمة طعامها شر الطعام فانه لو أراد ذلك لما أمر بها ولا نذب اليها ولا أمر
بالاجابة اليها ولا فعلها ولان الاجابة تجب بالدعوة فكل من دعي فقد وجبت عليه الاجابة
(فصل) وإنما تجب الاجابة على من عين بالدعوة بأن يدعو رجلا بعينه أو جماعة معينين فان

قال ابن عبد البر لا خلاف في وجوب الاجابة الى الولية لمن دعي اليها اذا لم يكن فيها لهو ، وبه
يقول مالك والشافعي والثوري والحنيفي وأبو حنيفة وأصحابه ومن أصحاب الشافعي من قال هي من فروض
السكفايات لان الاجابة إكرام وموالة فهي كرد السلام
ولنا ما روى ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال « إذا دعي أحدكم الى الولية فليأتها » وفي لفظ
قال: قال رسول الله ﷺ « أجيبوا هذه الدعوة إذا دعيت اليها » وقال أبو هريرة شر الطعام طعام
يدعى لها الاغنياء ويترك الفقراء ومن لم يجب فقد عصى الله ورسوله رواه البخاري ، وهذا عام في معنى
قوله شر الطعام طعام الولية والله أعلم أي طعام الية التي يدعى لها الاغنياء ويترك الفقراء ولم يرد أن
كل وليمة طعامها شر الطعام فانه لو أراد ذلك لما أمر بها ولا نذب اليها ولا أمر بالاجابة اليها ولا فعلها ولان
الاجابة تجب بالدعوة فكل من دعي فقد وجب عليه الاجابة

(فصل) وإنما تجب الاجابة على من عين بالدعوة بأن يدعو رجلا بعينه أو جماعة معينين
﴿مسئلة﴾ (فان دعا الجفلى كقوله يا أيها الناس تعالوا إلى الطعام أو يقول الرسول أمرت أن أذعو
كل من لقيت أو شئت لم تجب الاجابة ولم تستحب لانه لم يعين بالدعوة فلم تتعين عليه الاجابة ولا نه غير
منصوص عليه ولا يحصل كسر قلب الداعي بترك اجابته ويجوز الاجابة بهذا لدخوله في عموم الدعاء .

دعا الجفلى بأن يقول يا أيها الناس أجيئوا الى الوليمة أو يقول الرسول أمرت ان أدعو كل من لقيت أو من شئت لم تجب الاجابة ولم تستحب لانه لم يعين بالدعوة فلم تتمين عليه الاجابة ولانه غير منصوص عليه ولا يحصل كسر قلب الداعي بترك اجابته، وتجوز الاجابة بهذا لدخوله في عموم الدعاء (فصل) واذا صنعت الوليمة أكثر من يوم جاز فقد روى الحلال باسناده عن أبي أنه أعرس ودعى الانصار ثمانية أيام واذا دعي في اليوم الاول وجبت الاجابة وفي اليوم الثاني تستحب الاجابة وفي اليوم الثالث لا تستحب، قال أحمد الاول يجب والثاني ان أحب والثالث فلا وهكذا مذهب الشافعي وقد روي عن النبي ﷺ انه قال « الوليمة أول يوم حق والثاني معروف والثالث رياء وسمعة » رواه أبو داود وابن ماجه وغيرهما وقاله سعيد بن المسيب أيضا. ودعي سعيد الى وليمة مرتين فأجاب فدعي الثالثة فخصب الرسول، رواه أبو داود والحلال

(فصل) والدعاء الى الوليمة إذن في الدخول والاكل بدليل ما روى أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال « اذا دعي أحدكم فجاء مع الرسول فذلك إذن له » رواه أبو داود، وقال عبد الله بن مسعود اذا دعيت فقد أذن لك رواه الامام أحمد باسناده

(فصل) فان دعاه ذمي فقال أصحابنا لا تجب إجابته لان الاجابة للمسلم للاكرام والموالاة وتأكيد المودة والاخاء فلا تجب على المسلم للذمي ولانه لا يأمن اختلاط طعامهم بالحرام والنجاسة ولكن تجوز اجابتهم لما روى أنس أن يهوديا دعا النبي ﷺ الى خبز شعير وإهالة سنخة فأجابه ذكره الامام أحمد في الزهد

﴿مسئلة﴾ (أو دعاه فيما بعد اليوم الاول)

اذا صنعت الوليمة أكثر من يوم جاز فقد روى الحلال باسناده عن أبي أنه أعرس فدعا الانصار ثمانية أيام فتى دعا فيما بعد اليوم الاول فان كان في اليوم الثاني استجبت الاجابة ولم تجب وفي اليوم الثالث لا تستحب. قال أحمد الاول يجب والثاني يستحب والثالث فلا وهكذا مذهب الشافعي، وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال « الوليمة أول يوم حق والثاني معروف والثالث رياء وسمعة » رواه أبو داود وابن ماجه وروى عن سعيد بن المسيب أنه دعي الى وليمة عرس مرتين فأجاب فدعي لثالثة فخصب الرسول رواه الحلال.

(فصل) فان دعاه ذمي لم تجب الاجابة قال أصحابنا لان الاجابة للمسلم للاكرام والموالاة وتأكيد المودة والاخاء فلا تجب على المسلم للذمي ولانه لا يأمن اختلاط طعامهم بالحرام والنجاسة وتجوز اجابتهم لما روى أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم دعا يهودي الى خبز شعير وإهالة سنخة فأجابه ذكره الامام أحمد في الزهد

﴿مسئلة﴾ (وسائر الدعوات والاجابة اليها مستحبة غير واجبة لما فيها من اطعام الطعام

(فصل) فان دعاه رجلان ولم يمكن الجمع بينهما وسبق أحدهما أجاب السابق لان اجابته وجبت حين دعاه فلم يزل الوجوب بدعاء الثاني ولم يجب اجابة الثاني لانها غير ممكنة مع اجابة الاول ، فان استويا أجاب أقربها منه بابا لما روى ابو داود بإسناده عن النبي ﷺ أنه قال « اذا اجتمع داعيان فاجب أقربهما بابا فان أقربهما بابا أقربهما جواراً فان سبق أحدهما فاجب الذي سبق » وروى البخاري بإسناده عن عائشة قالت قلت يا رسول الله ان لي جارين فالى أيهما أهدي قال « أقربهما منك بابا » ولان هذا من أبواب البر فقدم بهذه المعاني فان استويا اجاب أقربهما رحماً لما فيه من صلة الرحم فان استويا اجاب ادنيهما فان استويا اقرع بينهما لان القرعة تعين المستحق عند استواء الحقوق

﴿مسئلة﴾ قال (فان لم يحب ان يطعم دعاً وانصرف)

وجملة ذلك أن الواجب الاجابة الى الدعوة لانها الذي أصر به وتوعد على تركه أما الاكل فغير واجب صائماً كان أو مفطراً نص عليه أحمد لكن ان كان المدعو صائماً صوماً واجباً أجاب ولم يفطر لان الفطر غير جائز فان الصوم واجب والاكل غير واجب ، وقد روى ابو هريرة قال قال رسول الله ﷺ « اذا دعى أحدكم فليجب فان كان صائماً فليدع وان كان مفطراً فليطعم » رواه ابو داود وفي رواية فليصل يعني بدعو ودعي ابن عمر الى وليمة فخر ومديده وقال بسم الله ثم قبض يده وقال كلوا فاني صائم ، وان كان صوماً تطوعاً استحبه له الاكل لان له الخروج من الصوم فاذا كان في الاكل اجابة أخيه المسلم ودخال السرور على قلبه كان أولى وقد روي ان النبي ﷺ كان في دعوة ومعه جماعة

وكذلك الاجابة اليها) وهذا قول مالك والشافعي وأبي حنيفة وقال الغبري يجب الاجابة الى كل دعوة لما روى ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال « اذا دعا أحدكم أخاه فليجب عرساً كان أو غير عرس » رواه ابو داود ولنا أن الصحيح من السنة إنما ورد في اجابة الداعي الى الوليمة وهي الطعام في العرس خاصة كذلك قال الخليل وثلث وغيرهما من اهل اللغة وقد صرح بذلك في بعض روايات ابن عمر عن رسول الله ﷺ أنه قال « اذا دعى أحدكم الى وليمة عرس فليجب » رواه ابن ماجه وقال عثمان بن أبي العاص كنما لا تأتي الختان على عهد رسول الله ﷺ ولا ندعى اليه رواه الامام أحمد في المسند ولان التزويج يستحب اعلانه وكثرة الجمع فيه والتصويت والضرب بالدف بخلاف غيره ، فأما الامر بالاجابة الى غيره فمحمول على الاستحباب بدليل أنه لم يخص به دعوة ذات سبب دون غيرها ، واجابة كل داع مستحبة لهذا الخبر ، وقد روى البراء ان النبي ﷺ أمر باجابة الداعي متفق عليه ولانه جبر قلب للداعي وتطيب قلبه وقد دعى أحمد الى ختان فأجاب وأكل فأما غير دعوة العرس في حق فاعلها فليست لها فضيلة تختص بها لعدم ورود الشرع بها وهي بمنزلة الدعوة لغير سبب حادث فاذا قصد فاعلها شكر نعمة الله عليه واطعام اخوانه وبذل طعامه فله أجر ذلك ان شاء الله تعالى

فاعتزل رجل من القوم ناحية فقال أني صائم فقال النبي ﷺ « دعاكم أخوكم وتكلف لكم كل ثم صم يوما مكانه ان شئت » وان أحب أتمام الصيام جاز لما روي عن الخبير المتقدم ولكن يدعوهم ويبارك ويخبرهم بصيامه ليعلموا عذره فتزول عنه التهمة في ترك الاكل، وقد روى أبو حفص بإسناده عن عثمان ابن عفان رضي الله عنه أنه أجاب عبد المغيرة وهو صائم فقال أني صائم ولكنك تنني أحببت أن أجيب الداعي فادعوا بالبركة، وعن عبد الله قال اذا عرض على أحدكم الطعام وهو صائم فليقل أني صائم وإن كان مفطرا فلاولى له الاكل لانه أبلغ في اكرام الداعي وجبر قلبه ولايجب عليه ذلك، وقال أصحاب الشافعي فيه وجه آخر أنه يلزمه الاكل لقول النبي ﷺ « وان كان مفطرا فليطعمهم » ولان المقصود منه الاكل فكان واجبا

ولنا قول النبي ﷺ « اذا دعى أحدكم فليجب فان شاء أكل وان شاء ترك » حديث صحيح، ولانه لو وجب الاكل لوجب على المتطوع بالصوم فلما لم يلزمه الاكل لم يلزمه اذا كان مفطرا وقولهم المقصود الاكل قلنا بل المقصود الاجابة ولذلك وجبت على الصائم الذي لا يأكل (فصل) اذا دعى الى وليمة فيها معصية كالخمر والزمر والعود ونحوه وأمكنه الانكار وازالة المنكر لزمه الحضور والانكار لانه يؤدي فرضين اجابة أخيه المسلم وازالة المنكر وان لم يقدر على الانكار لم يحضر وان لم يعلم بالمنكر حتى حضر ازاله فان لم يقدر انصرف ونحو هذا قال الشافعي وقال مالك اما اللهو الخفيف كالدف والكبير فلا يرجع وقاله ابن القمامم وقال أصبغ ارى ان يرجع وقال ابو حنيفة اذا وجد الله فلا بأس ان يتعد فيأكل

﴿مسئلة﴾ (واذا حضر وهو صائم صوماً واجباً لم يفطر وان كان نقلاً أو مفطراً استحب له الاكل وان أحب دعا وانصرف)

وجملة ذلك أن الواجب الاجابة الى الدعوة لانها الذي أمر به وتوعد على تركه أما الاكل فغير واجب صائماً كان أو مفطراً نص عليه أحمد لكن ان كان صومه واجبا أجاب ولم يفطر لان الفطر محرم والاكل غير واجب وقد روى أبو هريرة قال : قال رسول الله ﷺ « اذا دعى أحدكم فليجب فان كان صائماً فليدع وان كان مفطراً فليطعم » رواه أبو داود وفي رواية فليصل يعني يدعو، ودعي ابن عمر الى وليمة فحضر ومد يده وقال بسم الله ثم قبض يده وقال كلوا فاني صائم وان كان صائماً تطوعاً استحب له الاكل لان له الخروج من الصوم ولان فيه ادخال السرور على قلب أخيه المسلم وقد روي أن النبي ﷺ كان في دعوة ومعه جماعة فاعتزل رجل من القوم ناحية فقال أني صائم فقال النبي ﷺ « دعاكم أخوكم وتكلف لكم كل ثم صم يوما مكانه ان شئت وان أحب أتمام الصيام » جاز لما ذكرنا من حديث ابن عمر وفعله ولكن يدعوهم ويبارك ويخبرهم بصيامه ليعلموا عذره فتزول عنه التهمة في ترك الاكل فقد روى أبو حفص بإسناده عن عثمان بن عفان أنه أجاب عبد المغيرة وهو صائم فقال أني صائم

وقال محمد بن الحسن إن كان ممن يقتدى به فأحب إلي أن يخرج ، وقال الأبيث اذا كان فيها الضرب بالعود فلا يذني له أن يشهداها. ولاصل في هذا ما روى سفيانة أن رجلاً أضافه علي فصنع له طعاماً فقالت فاطمة لو دعونا رسول الله ﷺ فأكل معنا ندعوه فجاء فوضع يده على عضادتي الباب فرأى قرأما في ناحية البيت فرجع فقالت فاطمة ألي الحقه فقل له ما أرجحك يا رسول الله فقال انه ليس لي أن أدخل بيتنا مزوقاً حديث حسن ، وروى ابو حفص باسناده أن النبي ﷺ قال « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يقعد على مائدة يدار عليها الخمر » وعن نافع قال كنت أسير مع عبد الله بن عمر فسمع زمارة راع فوضع أصبعيه في أذنيه ثم عدل عن الطريق فلم يزل يقول يا نافع أسمع حتى قالت لا فأخرج أصبعيه من أذنيه ثم رجع الى الطريق ثم قال هكذا رأيت رسول الله ﷺ صنم رواه أبو داود والحلال ولانه يشاهد المنكر ويسمعه من غير حاجة الى ذلك فنع منه كما لو قدر على ازالته ويفارق من له جار مقيم على المنكر والزمر حيث يباح له المقام فان تلك حال حاجة لما في الخروج من المنزل من الضرر .

(فصل) فان رأى نقوشاً وصور شجر ونحوها فلا بأس بذلك لان تلك نقوش فهي كالأهل في الثوب وان كانت فيه صور حيوان في موضع يوطأ أو يتكأ عليها كاتفي البسط والوسائد جاز أيضاً وان كانت على الستور والحيطان وما لا يوطأ وأمكنه حطها أو قطع رءوسها فعل وجلس وان لم يكن ذلك انصرف ولم يجلس وعلى هذا أكثر أهل العلم قال ابن عبد البر هذا أعدل المذاهب وحكاها عن سعد بن أبي وقاص وسالم وعروة وابن سيرين وعطاء وعكرمة بن خالد وعكرمة مولى ابن عباس

ولكن أحببت ان أحيب الداعي فادعو بالبركة وعن عبد الله قال اذا عرض على أحدكم الطعام وهو صائم فليقل أني صائم وان كان مفطراً فالاولى له الاكل لانه أبلغ في اكرام الداعي وجبر قلبه ولا يجب عليه الاكل وقال أصحاب الشافعي فيه وجه أنه يجب عليه الاكل لقول النبي ﷺ « وان كان مفطراً فليطعم » ولان المقصود منه الاكل فكان واجبا كالأجابة

ولنا قول النبي ﷺ « اذا دعي أحدكم فليجب فان شاء أكل وان شاء ترك » حديث صحيح ولانه لو وجب الاكل لوجب على المتطوع بالصوم فلما لم يلزمه الاكل لم يلزمه اذا كان مفطراً وقولهم المقصود الاكل قلنا بل المقصود الاجابة ولذلك وجبت على الصائم الذي لم يأكل

﴿مسئلة﴾ (وان دعاه اثنان أجاب أولهما)

لان اجابته وجبت حين دعاه فلم يزل الوجوب بدعاء الثاني ولم تجب اجابة الثاني لانها غير ممكنة مع اجابة الاول فان استويا أجاب أقربهما بابا لما روى أبو داود باسناده عن النبي ﷺ قال « اذا اجتمع داعيان فاجب أقربهما باباً فان أقربهما باباً أقربهما جواراً فان سبق أحدهما فأجب الذي سبق » وروى البخاري عن عائشة قالت : قلت يا رسول الله ان لي جارين فالى أيهما أهدي قال « الى

وسعيد بن جبير وهو مذهب الشافعي وكان أبو هريرة يكره التصوير ما نصب منها وما بسط وكذلك مالك الا أنه كان يكرها تنزهها ولا يراها محرمة وأعلمهم يذهبون الى عموم قول النبي ﷺ « إن الملائكة لا تدخل بيتا فيه صورة » ، متفق عليه وروى عن ابن مسعود أنه دعي الى طعام فلما قيل له ان في البيت صورة أبي أن يذهب حتى كسرت

ولنا ماروت عائشة قالت قدم النبي ﷺ من سفر وقد سترت لي سهوة بنمط فيه تصاوير فلما رآه قال أنستزين الخدر بستر فيه تصاوير فنهكه قلت فجعلت منه منتبذين كأنني أنظر الى رسول الله ﷺ متكنا على احدهما رواه ابن عبد البر ولاها اذا كانت تداس وتبذل لم تكن معززة ولا معظمة فلا تشبه الاصنام التي تعبد وتتخذ آلهة فلا تكرم وما رويناه أخص مما روه وقد روي عن أبي طلحة أنه قيل له ألم يقل النبي ﷺ « لا تدخل الملائكة بيتا فيه صورة ولا كتاب » قال ألم تسمعه قال « الارق في ثوب » متفق عليه وهو محمول على ما ذكرناه من أن المباح ما كان مبسوطا والمكروه منه ما كان معلقا بدليل حديث عائشة .

(فصل) فان قطع رأس الصورة ذهبت الكراهة قال ابن عباس الصورة الرأس فاذا قطع الرأس فليس بصورة وحكي ذلك عن عكرمة وقد روي عن أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ « أنا نبي جبريل فقال أيتها الباردة فلم يمنني أن أكون دخات الا أنه كان على الباب تمائيل وكان في البيت ستر فيه تمائيل وكان في البيت كلب فمر برأس التمثال الذي على الباب فيقطع فيصير كهيمة الشجر وصر بالستر فالتقط منه وسادتان منبوذتان يوطآن وصر بالكلب فليخرج . ففعل رسول الله ﷺ وان

أقر بها منك باباً ولان هذا من أبواب البر فقدم به هذه المعاني فان استويا أجاب أقر بها رحا لما فيه من صلة الرحم فان استويا أجاب أدناهما فان استويا اجابة أقرع بينهما لان القرعة تعين المستحق عند استواء الحقوق .

(مسئلة) (وان علم أن في الدعوة منكر أكال الزمر والخمر وأمكنه الانكار حضر وانكر والا لم يحضر) من يدعى الى وليمة فيها معصية كالخمر والزمر والعود ونحوه فأمكنه ازالة المنكر لزمه الحضور والانكار لانه يؤدي فرضين اجابة أخيه المسلم وازالة المنكر، وان لم يقدر على الانكار لم يحضر فان لم يعلم بالمنكر حتي حضر أزاله فان لم يمكنه انصرف ونحو هذا قال الشافعي، وقال مالك أما اللهو الخفيف كالدف والكبر فلا يرجع وقاله ابن القاسم وقال أصبغ يرجع وقال أبو حنيفة إذا وجد اللعب فلا بأس أن يقعد فيأكل ، وقال محمد بن الحسن ان كان بمن يقتدى به فأحب الي أن يخرج وقال الليث اذا كان فيها الضرب بالعود فلا ينبغي له أن يشهدها. والاصل في هذا ماروى سفينة أن رجلا أضافه علي فصنع له طعاما فقالت فاطمة لعلني لو دعونا رسول الله ﷺ فأكل معنا فدعوه فجاء فوضع يده على عضادتي الباب فرأي قراما في ناحية البيت فرجع فقالت فاطمة لعلني الحقه فقال له ما رجعتك يا رسول

قطع منه مالا يبقى الحيوان بعد ذهابه كصدره أو بطنه أو جعل له رأس منفصل عن بدنه لم يدخل تحت النهي لان الصورة لا تبقى بعد ذهابه فهو كقطع الرأس وان كان الذاهب يبقى الحيوان بعده كالعين واليد والرجل فهو صورة داخلية تحت النهي وكذلك اذا كان في ابتداء التصوير صورة بدن بلا رأس أو رأس بلا بدن أو جعل له رأس وسائر بدنه صورة غير حيوان لم يدخل في النهي لان ذلك ليس بصورة حيوان .

(فصل) وصناعة التصاوير محرمة على فاعلها لما روى ابن عمر عن النبي ﷺ أنه قال « الذين يصنعون هذه الصورة يمدون يوم القيامة يقال لهم احيوا ما خلقتم » وعن مسروق قال دخلنا مع عبدالله بن مسعود في مجلس فقالوا هذا قالوا بمثل صميم قال عبدالله قل رسول الله ﷺ « ان أشد الناس عذابا يوم القيامة المصورون » متفق عليهما والامر بعمله محرم كعمله

(فصل) فأما دخول منزل فيه صورة فليس بمحرم وانما أبيض ترك الدعوة من أجله عقوبة للداعي باسقاط حرمة لا يجاده المنكر في داره ولا يجب على من رآه في منزل الداعي الخروج في ظاهر كلام أحمد فانه قال في رواية الفضل إذا رأى صوراً على السور لم يكن رآها حين دخل قل هو أسهل من أن يكون على الجدار قيل فان لم يره إلا عند وضع الخوان بين أيديهم أخرج ؟ فقال لا تضيق علينا ولكن اذا رأى هذا وبخهم ونهائم يعني لا يخرج وهذا مذهب مالك فانه كان يكرها تنزهها ولا يراها محرمة وقال

الله فقال انه ليس لي ان أدخل بيتاً مزوقاً حديث حسن وروى أبو حفص باسناده أن النبي ﷺ قال « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يقعد على مائدة يدار عليها الخمر » وعن نافع قال كنت أسير مع عبدالله بن عمر فسمع زمارة راع فوضع اصبعيه في أذنيه ثم عدل عن الطريق ثم قال هكذا رأيت رسول الله ﷺ صنع رواه أبو داود والخلال ولانه يشاهد المنكر ويسمعه من غير حاجة الى ذلك فمنع منه كما لو قدر على إزالته، ويفارق من له جار مقيم على المنكر والزمر حيث يباح له المقام فان تلك حال حاجة لما في الخروج من المنزل من الضرر

﴿مسئلة﴾ (وان علم به فلم يره ولم يسمعه فله الجلوس والاكل نص عليه أحمد) وله الامتناع من الحضور في ظاهر كلامه فانه سئل عن الرجل يدعى الى الختان أو العرس وعنده الخنثون فيدعوه بعد ذلك بيوم أو ساعة وليس عنده أولئك فقال أرجو أن لا يأثم ان لم يجب وان أجاب فارجو أن لا يكون آثماً فاسقط الوجوب لاسقاط الداعي حرمة نفسه بايجاد المنكر ولم يمنع الاجابة لكون الجيب لا يرى منكراً ولا يسمعه ، وقال أحمد انما تجب الاجابة اذا كان المكسب طيباً ولم ير منكراً ، فعلى هذا لا تجب اجابة من طعمه من مكسب خبيث لان ايجاده منكر والاكل منه منكر فهو أولى بالامتناع وان حضر لم يأكل

﴿مسئلة﴾ (وان شاهد ستوراً معلقة فيها صور الحيوان لم يجلس الى أن تزال وان كانت مبسوطة أو على وسائد فلا بأس

أكثر أصحاب الشافعي إذا كانت الصور على السطور أو ما ليس بموطوء لم يجزئه الدخول لأن الملائكة لا تدخله ولأنه لو لم يكن محرماً لما جاز ترك الدعوة الواجبة من أجله

ولنا ما روي أن النبي ﷺ دخل الكعبة فرأى فيها صورة إبراهيم وإسماعيل يستقسمان بالآلام فقال « قاتلهم الله لقد عملوا أنهما ما استقسما بها قط » رواه أبو داود وما ذكرنا من خبر عبد الله أنه دخل بيتاً فيه تماثيل وفي شروط عمر رضي الله عنه على أهل الذمة أن يوسعوا أبواب كنائسهم ويبيحهم ليدخلها المسلمون للمبيت بها والمارة بدوابهم ، وروي ابن عائد في فتوح الشام أن النصارى صنعوا لعمرو رضي الله عنه حين قدم الشام طعاماً فدعوه فقال أين هو ؟ قالوا في الكنيسة فأبى أن يذهب ، وقال له لي امض بالناس فليتعبدوا فذهب علي رضي الله عنه بالناس فدخل الكنيسة وتغدى هو والمسلمون وجعل علي ينظر إلى الصور وقال ما على أمير المؤمنين لو دخل فأكل وهذا اتفاق منهم على إباحة دخولها وفيها الصورة ، ولأن دخول الكنائس والبيع غير محرم فكذلك المنازل التي فيها الصور وكون الملائكة لا تدخله لا يوجب تحريم دخوله علينا كما لو كان فيه كذاب ولا يحرم علينا محبة رفقته فيها جرس مع أن الملائكة لا تصحبهم وإنما أباح ترك الدعوة من أجله عقوبة لفاعله وزجرأ له عن فعله والله أعلم

(فصل) فأما ستر الحيطان بستر غير مصورة فإن كان لحاجة من وقاية حر أو برد فلا بأس به لانه يستعمله في حاجته فأشبهه المتر على الباب وما يلبسه على بدنه ، وإن كان لغیر حاجة فهو مكروه

إذا كانت صور الحيوان على السطور والحيطان وما لا يوطأ وأمكنه حطها أو قطع رءوسها فعمل وجلس وإن لم يمكن انصرف ولم يجلس وعلى هذا أكثر أهل العلم ، قال ابن عبد البر هذا اعدل المذاهب وحكامه عن سعد ابن أبي وقاص رسالاً وعروة وابن سيرين وعطاء وعكرمة بن خالد وسعيد بن جبير وهو مذهب الشافعي وكان أبو هريرة يكره التصوير ما نصب منها وما بسط وكذلك مالك إلا أنه كان يكرها تنزهاً رلاً براها محرمة ولعلهم يذهبون إلى قول النبي ﷺ « إن الملائكة لا تدخل بيتاً فيه صورة » متفق عليه وروي عن ابن مسعود أنه دعي إلى طعام فلما قيل له إن في البيت صورة أبى أن يذهب حتى كسرت ولما ما روت عائشة قالت قدم النبي ﷺ من سفر وقد سترت لي سهوة بمط فيه تصاوير فما رآه قال « أنست من الخدر بشيء فيه تصاوير ؟ » فهتكت فقلت فجعلت منه متبذتين كأنني أنظر إلى النبي ﷺ متبكتاً على أحدهما رواه ابن عبد البر ، ولأنها إذا كانت تدام وتبذل ولم تكن معروضة معظمة فلا تشبه الأصنام التي تعبد وتخذ آلهة فلا تكره وما رويناه أخص مما رووه وقد روي عن أبي طلحة أنه قيل له ألم يقل النبي ﷺ « لا تدخل الملائكة بيتاً فيه كذاب ولا صورة » قال ألم تسمعه يقول « إلا رقاً في ثوب » متفق عليه وهو محمول على ما ذكرناه من أن المباح ما كان مبسوطاً ، والمكروه منه ما كان معلقاً بدليل حديث عائشة

وعذر في الرجوع عن الدعوة وترك الاجابة بدليل ماروي سالم بن عبد الله بن عمر قال : أعريت في عهد أبي قاذن أبي الناس فكان أبو أيوب فيمن أذن وقد ستروا بيتي بخباء أخضر فأقبل أبو أيوب مسرعاً فاطلم فرأى البيت مستتراً بخباء أخضر فقال يا عبد الله أتسترون الجدر ؟ فقال أبي واستحيا غلبتنا النساء يا أبا أيوب ، فقال من خشيت أن يغلبنه فلم أخش أن يغلبنك ثم قال لا أطعم لكم طعاماً ولا أدخل لكم بيتاً ثم خرج . رواه الاثرم

وروي عن عبد الله بن يزيد الخطبي أنه دعي الى طعام فرأى البيت منجداً ففعد خارجاً وبكى قبل له ما يبكيك ؟ قال ان رسول الله ﷺ رأى رجلاً قد رقع بردة له بقطعة آدم فقال « تطالعت عليكم الدنيا — ثلاثاً ثم قال — أنتم اليوم خير أم اذا غدت عليكم قصعة وراحت أخرى ويغدو أحدكم في حلة ويروح في أخرى وتسترون بيوتكم كما تستر الكعبة » قال عبد الله أفلا يبكي وقد بيتت حتى رأيتكم تسترون بيوتكم كما تستر الكعبة ؟

وقد روى الخلال بإسناده عن ابن عباس وعلي بن الحسين عن النبي ﷺ أنه نهى أن تستر الجدر . وروت عائشة أن النبي ﷺ لم يأمرنا فيما رزقنا أن نستر الجدر . اذا ثبت هذا فان ستر الحيطان مكروه غير محرم وهذا مذهب الشافعي إذ لم يثبت في تحريمه دليل وقد فعله ابن عمر وفعل في زمن الصحابة رضي الله عنهم وإنما كره لما فيه من السرف كزيادة في الملبوس والمأكول وقد قيل هو محرم للنهي عنه والاول أولى فان النهي لم يثبت ولو ثبت الحل على الكراهة لما ذكرناه

(فصل) فان قطع رأس الصورة ذهب الكراهة قال ابن عباس الصورة الرأس فاذا انقطع الرأس فليس بصورة وحكي ذلك عن عكرمة وقد روي عن أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ « أناني جبريل فقال أتيتك البارحة فلم بمنعني أن أكون دخلت الا أنه كان على الباب تماثيل وكان في البيت كلب فمر برأس التماثيل الذي على باب البيت ففقطع حتى نصير كهيمة الشجرة ومر بالسور فليقطع منه وسادتان نبوذتان يوطآن ومر بالكلب فليخرج ففعل رسول الله ﷺ وان قطع منه مالا تبقي الحياة بعد ذهابه كصدره أو بطنه أو جعل له رأس منفصل عن بدنه لم يدخل تحت النهي لان الصورة لا تبقى بعد ذهابه فهو كقطع الرأس ، وان كان الذاهب يبقى الحيوان بعده كالعين واليد والرجل فهو صورة داخلية تحت النهي فان كان في ابتداء التصوير صورة بدن بلا رأس أو رأس بلا بدن أو جعل له رأس وسائر بدنه صورة غير حيوان لم يدخل في النهي لانه ليس بصورة حيوان

(فصل) وصناعة التصوير محرمة على قاعها لما روي ابن عمر عن النبي ﷺ أنه قال « الذين يصنعون هذه الصور يعذبون يوم القيامة يقال لهم احيوا ما خلقتم » وعن مسروق قال دخلنا مع عبد الله بيتاً فيه تماثيل فقال لتماثيل منها ثمل من هذا ؟ قالوا تماثيل من صنم قال عبد الله قال رسول الله ﷺ « ان أشد الناس عذاباً يوم القيامة المصورون » متفق عليهما والامر بعمله محرم كعمله

(فصل) فلما دخول منزل فيه صورة فليس بمحرم وإنما أيسر ترك إجابة الدعوة لاجله عقوبة

(فصل) وسئل أحمد عن الستور فيها القرآن فقال لا ينبغي أن يكون شيئاً معلوماً فيه القرآن يستهان به ويمسح به ، قيل له فيعلم ؟ فكره أن يقطع القرآن ، وقال إذا كان ستر فيه ذكر الله فلا بأس به وكره أن يشتري الثوب فيه ذكر الله مما يجلس عليه أو يداس

(فصل) قيل لابي عبد الله الرجل يكتري البيت فيه تصاوير ترى ، أن يحكمها ؟ قال نعم ، قال المروذي قلت لابي عبد الله دخلت حماماً فرأيت صورة أترى أن أحك الرأس ؟ قال نعم إنما جاز ذلك لأن اتخاذ الصورة منكر فجاز تغييرها كآلة الأبواب والصلاب والصنم ويتلف منها ما يخرجها عن حد الصورة كالرأس ونحوه لأن ذلك يكفي ، قال أحمد ولا بأس بالذهب ما لم تكن صورة لما روي عن عائشة قالت دخل علي رسول الله ﷺ وأنا أحب بالذهب فقال « ما هذا يا عائشة ؟ » فقلت هذه خيل سليمان فجعل يضحك ، رواه مسلم بنحوه

(فصل) والدفع ليس بمنكر لما ذكرنا من الأحاديث فيه وأمر النبي ﷺ به في النكاح ، وروت عائشة أن أبا بكر دخل عليها وعندها جاريتان في أيام منى تدفعان وتضربان والنبي صلى الله عليه وآله عليه وسلم متغش بشوبه فاتهرهما أبو بكر فكشف النبي ﷺ عن وجهه فقال « دعهما يأبأ بكر فانها أيام عيد » متفق عليه

(فصل) واتخاذ آية الذهب والفضة محرم فإذا رآه المدعو في منزل الداعي فهو منكر يخرج من أجله ، وكذلك ما كان من الفضة مستعملاً كالسحلة ونحوها ، قال الأثرم سئل أحمد إذا رأى حلقة امرأة فضة ورأس مكحلة يخرج من ذلك ؟ فقال هذا تأويل تأويله ، وأما الآنية فلهذا فليس فيها شرك

الداعي باسقاط حرمة لاتخاذ المنكر في داره ولا يجب على من رآه في منزل الداعي الخروج في ظاهر كلام أحمد فانه قال في رواية الفضل إذا رأى صبراً على الستور لم يكن رآها حين دخل قال هو أسهل من أن يكون على الجدار قيل له فإن لم يره الا عند وضع الخوان بين أيديهم أخرج ؟ فقل لا تضيق علينا ولكن إذا رأى هذا وبخهم ونهائم يعني لا يخرج وهذا مذهب مالك فانه كان يكرهها تنزهها ولا يراها محرمة ، وقال أكثر أصحاب الشافعي إذا كانت الصور على الستور أو ما ليس بموطوء لم يحز له الدخول لأن الملائكة لا تدخله ولأنه لو لم يكن محرماً لما جاز ترك الدعوة الواجبة لاجله

ولما ما روي أن النبي ﷺ دخل الكعبة فرأى فيها صورة إبراهيم وإسماعيل يتقسمان بالارلام فقال « قاتلهم الله لقد علموا أنهم ما استقسما بها قط » رواه أبو داود وما ذكرنا من خبر عبد الله أنه دخل بيتاً فيه تماثيل وفي شروط عمر رضي الله عنه على أهل الذمة أن يوسعوا أبواب كنائسهم بهم ليدخلها المسلمون للبيت بها والمارة بدوابهم ، وروى ابن عائد في فتوح الشام أن النصارى صنعوا لعمرو رضي الله عنه حين قدم الشام طعاماً فدعوه فقال أين هو ؟ قالوا في الكنيسة فأبى أن يذهب وقال لعلي امض بالناس فليتعبدوا فذهب علي بالناس فدخل الكنيسة ونغدى هو والمسلمون وجعل علي ينظر إلى

وقال مالا يستعمل فهو أسهل مثل الضبة في السكين والقدح وذلك لان رؤية المنكر كسماعه فكما لا يجلس في موضع يسمع فيه صوت الزمر لا يجلس في موضع يرى فيه من يشرب الخمر وغيره من المنكر (فصل) وان علم أن عند أهل الولية منكراً لا يراه ولا يسمعه لكونه بم عزل عن موضع الطعام أو يخفونه وقت حضوره فله أن يحضر ويأكل نص عليه أحمد وله الامتناع من الحضور في ظاهر كلامه فانه سئل عن الرجل يدعي الى الختان أو العرس وعنده الخشون فيدعوه بعد ذلك بيوم أو ساعة وليس عنده أولئك؟ قال أرجو أن لا يأتهم ان لم يجب وان أجاب فأرجو أن لا يكون آمناً فاسقط الوجوب لاسقاط الداعي حرمة نفسه باتخاذ المنكر ولم ينعم الاجابة لكون الحبيب لا يرى منكراً ولا يسمعه، وقال احمد انما تجب الاجابة اذا كان المكسب طيباً ولم ير منكراً، فعلى قوله هذا لا تجب اجابة من طعامه من مكسب خبيث لان اتخاذه منكراً والأكل منه منكراً فهو أولى بالامتناع وان حضر لم ينع له الاكل منه **(مسئلة)** قال (ودعوة الختان لا يعرفها المتقدمون ولا على من دعي اليها ان يجيب وانما وردت السنة في اجابة من دعي الى ولية تزويج)

يعني بالمقدمين أصحاب رسول الله ﷺ الذين يقنطري بهم وذلك لما روي أن عثمان بن أبي العاص دعي الى ختان فابى أن يجيب فقبل له؟ فقال انا كنا لانأني الختان على عهد رسول الله ﷺ

الصور وقال ما على أمير المؤمنين لو دخل وأكل وهذا اتفاق منهم على إباحة دخولها وفيها الصور لان دخول السكنى ناس والبيع غير محرم فكذلك المنازل التي فيها الصور وكون الملائكة لا تدخلها لا يوجب تحريم دخولها كما لو كان فيه كلب ولا يحرم صحبة رفقة فيها جرس مع أن الملائكة لا تصحبهم وإنما ينج ترك الدعوة من أجله عقوبة لفاعله وزجر آله عن فعله

(مسئلة) (فان سترت الحيطان بستر لا صور فيها أو فيها صور غير الحيوان فهل تباح؟ على روايتين) أما إذا استعمل ذلك لحاجة من وقاية حر أو برد فلا بأس به لانه يستعمله لحاجة فأشبهه الستر على الباب وان كان لغير حاجة ففيه روايتان

[إحداها] هو مكروه غير محرم وهو عذر في ترك الاجابة إلى الدعوة بدليل ما روى سالم ابن عبد الله بن عمر قال أعرست في عهد أبي فاذن أبي الناس فكان فيمن آذن أبو أيوب وقد ستروا بيتي بنجباء أخضر فأقبل أبر أيوب فاطلع فرأى البيت مستوراً بنجباء أخضر فقال يا عبد الله أنسترون الجدر؟ فقال أبي واستحيا غلبتنا النساء يا أبا أيوب فقال من خشيت أن يغلبني فلم أخش أن يغلبني ثم قال لا أطعم لكم طعاماً ولا أدخل لكم بيتاً ثم خرج رواه الاثرم . قال القاضي وكلام أحمد يستعمل أصربن (أحدهما) الكراهة من غير تحريم لان ابن عمر أقر على فعله ولان كراهته لما فيه من الستر، وذلك لا ينافي به التحريم كزيادة في التبرس وإنما كره والطيب، ويحتمل التحريم وهي الرواية الثانية

ولا ندعى اليه رواه الامام أحمد باسناده ، اذا ثبت هذا فحكم الدعوة للختان وسائر الدعوات غير الولية أنها مستحبة لما فيها من اطعام الطعام ، والاجابة اليها مستحبة غير واجبة وهذا قول مالك والشافعي وأبي حنيفة وأصحابه ، وقال العنبري يجب اجابة كل دعوة لعموم الامر به فان ابن عمر روى عن النبي ﷺ أنه قال « اذا دعا أحدكم أخاه فليجبه عرسا كان أو غير عرس » أخرجه ابو داود ولنا أن الصحيح من السنة إنما ورد في اجابة الداعي الى الولية وهي اطعام في العرس خاصة ، كذلك قال الخليل وثلعب وغيرهما من أهل اللغة وقد صرح بذلك في بعض روايات ابن عمر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « اذا دعي أحدكم الى وليمة عرس فليجب » رواه ابن ماجه ، وقال عثمان بن أبي العاص كئنا لا نأني الختان على عهد رسول الله ﷺ ولا ندعى اليه ، ولأن التزويج يستحب اعلانه وكثرة الجمع فيه والتصويت والضرب بالدف بخلاف غيره ، فأما الامر بالاجابة الى غيره فمحمول على الاستحباب بدليل أنه لم يخص به دعوة ذات سبب دون غيرها واجابة كل داع مستحبة لهذا الخبر ولأن فيه جبر قلب الداعي وتطبيب قلبه ، وقد دعي أحمد الى ختان فأجاب وأكل فأما الدعوة في حق فاعلها فليست لها فضيلة تختص بها لعدم ورود الشرع بها ولكن هي بمنزلة الدعوة لغير سبب حادث فاذا قصد فاعلها شكر نعمة الله عليه واطعام اخوانه وبذل طعامه فله أجر ذلك ان شاء الله تعالى .

لما روي الخلال باسناده عن علي بن الحسين قال : نهى رسول الله ﷺ أن تستر الجدر وروت عائشة أن النبي ﷺ قال « إن الله لم يأمرنا بما رزقنا أن نستر الجدر » واختار شيخنا أن ستر الحيطان مكروه غير محرم وهو مذهب الشافعي إذ لم يثبت في تحريمه حديث وقد فعله ابن عمر وفعل في زمن الصحابة رضي الله عنهم ولو ثبت الحديث حمل على السكراة لما ذكرنا والله أعلم

(فصل) سئل أحمد عن السنور فيها القرآن فقال لا ينبغي أن يكون شيئاً ملقاً فيه القرآن إستهان به ويمسح قبل له فيعلم فكره أن يقع القرآن ، وقال إذا كان ستر فيه ذكر الله فلا بأس ، وكره أن يشتري الثوب فيه ذكر الله مما يجلس عليه

(فصل) قيل لابي عبد الله الرجل بكثري بيتاً فيه تصاوير ترى أن يحكمها قال نعم : قال المروزي قلت لابي عبد الله دخلت حماماً فرأيت صورة ترى أن أحك الرأس ؟ قال نعم ، إنما جاز ذلك لان اتخاذ الصورة منكر فجاز تغييرها كما آلة الله والصليب والصنم ويتلف منها ما يخرجها عن حد الصورة كالرأس ونحوه لان ذلك يكفي . قال أحمد ولا بأس باللعب ما لم تكن صورة لما روي عن عائشة قالت : دخل علي رسول الله ﷺ وأنا ألعب باللعب فقال « ما هذا يا عائشة ؟ » قلت هذه خيل سليمان فجعل يضحك

(فصل) واتخاذ آنية الذهب والفضة محرم فاذا رآه المدعو في منزل الداعي فهو منكر يخرج من

﴿مسئلة﴾ قال (والنثار مكروه لانه شبه النهبة وقد يأخذه من ذيره احب الي صاحب النثار منه)

اختلفت الرواية عن أحد في النثار والتقاطه فروي أن ذلك مكروه في العرس وغيره، وروي ذلك عن أبي مسعود البدرى وعكرمة وابن سيرين وعطاء. وعبد الله بن يزيد الخطمي وطاحنة وزبيد اليامي وبه قال مالك والشافعي، وروي عن أحمد رواية ثانية ليس بمكروه اختارها أبو بكر وهو قول الحسن وقتادة والنخعي وأبي حنيفة وأبي عبيد وابن المنذر لما روى عبد الله بن قرط قال قرب إلى رسول الله ﷺ خمس بدنات أو ست فطمقن بزلفن إليه بأيتهن يبدأ فنحرها رسول الله ﷺ وقال كلمة لم أسمعها فسأت من قرب منه فقال قال « من شاء اقطم » رواه أبو داود وهذا جار مجرى النثار، وقد روي أن النبي ﷺ دعي إلى وليمة رجل من الانصار ثم أتوا بنهب فأنهب عليه. قال الراوي ونظرت إلى رسول الله ﷺ بزاحم الناس أو نحو ذلك قلت يا رسول الله أو ما نهيتنا عن النهبة؟ قال « نهيتكم عن نهبة العساكر » ولأنه نوع إباحة فأشبهه بإباحة اطعام الضيفان «

ولما ما روي عن النبي ﷺ أن قال « لا تحل النهي والمثلة » رواه البخاري وفي لفظ أن النبي ﷺ نهى عن النهي والمثلة. ولأن فيه نهياً وتزاحماً وقتالاً وربما أخذه من يكره صاحب النثار لحرصه

أجله وكذلك ما كان من الفضة مستعملاً كالمسحلة ونحوه. قال الاثرم سئل أحمد إذا رأى حلقة امرأة فضة ورأس مكحلة يخرج من ذلك؟ فقال هذا تأويل تأولته. وأما الآية نفسها فليس فيها شك، وقال ملا يستعمل فهو أسهل، مثل الضبة في السكين والقدح وذلك لاز رؤية المنكر كما أنه فكما لا يجلس في موضع يسمع فيه صوت الزمر لا يجلس في موضع يرى فيه من يشرب الخمر وغيره من المنكر

﴿مسئلة﴾ (ولا يباح الاكل بغير إذن)

لأن أكل مال الغير بغير إذنه محرم والدعاء إلى الوليمة إذن في الدخول والاكل بدليل ما روى أبو هريرة عن النبي ﷺ قال « إذا دعي أحدكم فأتني مع الرسول فذلك إذن له » رواه أبو داود، وقال عبد الله بن مسعود إذا دعيت فقد إذن لك، رواه الامام أحمد بإسناده

﴿مسئلة﴾ (والنثار والتقاطه مكروه وعنه لا يكره)

اختلفت الرواية عن أحمد في النثار والتقاطه فروي أن ذلك مكروه في العرس وغيره، وروي ذلك عن أبي مسعود البدرى وعكرمة وابن سيرين وعطاء. وعبد الله بن زيد الخطمي وطاحنة وزبيد اليامي وبه قال مالك والشافعي

وروي عن أحمد أنه ليس بمكروه اختارها أبو بكر وهو قول الحسن وقتادة والنخعي وأبي حنيفة وأبي عبيد وابن المنذر لما روى عبد الله بن قرط. قال قرب إلى النبي ﷺ خمس بدنات أو ست فطمقن

وشربه ودناءة نفسه ويجرمه من يحب صاحبه لمروته وصيانة نفسه وعرضه . والغالب هذا فان أهل المروآت يصونون أنفسهم عن مزاحمة سفلة الناس على شيء من الطعام أو غيره ، ولان في هذا دناءة والله يحب معالي الأمور ويكره سفاسفها . فأما خبر البدنات فيحتمل أن النبي ﷺ علم أنه لانهية في ذلك لكثرة اللحم وقلة الآخذين أو فعل ذلك لاشتغاله بالإناسك عن تفريتها وفي الجملة فالخلاف إنما هو في كراهية ذلك وأما إباحته فلا خلاف فيها ولا في الالتقاط لانه نوع إباحة لماله فأشبهه سائر الإباحات

(مسئلة) قال (فان قسم على الحاضرين فلا بأس بأخذه)

كذا روي عن أبي عبد الله رحمه الله ان بعض أولاده حذق تقسيم على الصبيان الجوز . أما إذا قسم على الحاضرين ما ينثر مثل اللوز والسكر وغيره فلا خلاف أن ذلك حرم غير مكروه . وقد روي عن أبي هريرة قال قسم النبي ﷺ يوماً بين أصحابه تمرأ فأعطى كل إنسان سبع تمرات فأعطاني سبع تمرات إحداهن حشفة لم تكن ثمرة أعجب إلي منها شدت إلي مضاعفي . رواه البخاري . وكذلك ان وضعه بين أيديهم وأذن لهم في أخذه على وجه لا يتم تناهب فلا يكره أيضاً

يزدلفن إليه بأبتهن يبدأ فنحرها رسول الله ﷺ وقال كلمة لم أسمعهما فسألت من قرب منه فقال قال « من شاء اقتطع » رواه أبو داود . وهذا جار مجرى النثار . وقد روي أن النبي ﷺ دعي إلى وليمة رجل من الأنصار ثم أتوا نهب فأهبط عليه . قال الراوي ونظرت إلى رسول الله ﷺ بزاحم الناس أو نحو ذلك فقلت يا رسول الله أوما نهيتنا عن النهبة؟ قال « نهيتكم عن نهبة العساكر » ولانه نوع إباحة فأشبهه إباحة الطعام للضيقات

ولنا ما روي عن النبي ﷺ انه قال « لا تحل النهب والمسئلة » لان فيه نهبا وتزاحما وقتالا وربما أخذه من يكره صاحب النثار أخذه لحرصه وشربه ودناءة نفسه ويجرمه من يحب صاحبه لمروته وصيانة نفسه وعرضه والغالب عليه هذا فان أهل المروآت يصونون أنفسهم عن مزاحمة سفلة الناس على شيء من الطعام أو غيره ولان في هذا دناءة والله يحب معالي الأمور ويكره سفاسفها فأما خبر البدنات فيحتمل أن النبي صلى الله عليه وسلم علم أنه لانهية في ذلك لكثرة اللحم وقلة الآخذين أو فعل ذلك لاشتغاله بالإناسك عن تفريتها .

وفي الجملة فالخلاف إنما هو في كراهية ذلك وأما الإباحة فلا خلاف فيها ولا في الالتقاط لانه نوع إباحة لماله فأشبهه سائر المباحات

(فصل) فأما ان قسم على الحاضرين ما ينثر مثل اللوز والسكر وغيره فلا خلاف في أن ذلك حسن غير مكروه وقد روي عن أبي هريرة قال قسم رسول الله ﷺ بين أصحابه تمرأ فأعطى كل إنسان

قال المروذي سألت أبا عبد الله عن الجوز ينثر فكرهه وقال يعطون يقسم عليهم . وقال محمد بن علي بن بحر سمعت حُسن أم ولد أحمد بن حنبل تقول لما حذق ابني حُسن قال لي مولاي : حُسن لا تنثروا عليه فاشترى تمرأً وجوزاً فأرسله الى المعلم قالت وعمت أنا عسيمة وأطعمت الفقراء فقال أحسنت أجسنت وفرق أبو عبد الله على الصبيان الجوز لكل واحد خمسة خمسة

(فصل) ومن حصل في حجره شيء من النثار فهو له غير مكروه لأنه مباح حصل في حجره فملكه كماله وثبت سمكة من البحر فوقعت في حجره وليس لأحد أن يأخذه من حجره لما ذكرناه
(فصل) ولا بأس أن يخلط المسافرين أزوادهم ويأكلون جميعاً وإن أكل بعضهم أكثر من بعض فلا بأس ، وقد كان السلف يتعاهدون في الغزو والحج . ويفارق النثار فإنه يؤخذ بهب وتساب وتجادب بخلاف هذا

(فصل في آداب الطعام)

يستحب غسل اليدين قبل الطعام وبعده وإن كان على وضوء قال المروذي : رأيت أبا عبد الله يغسل يديه قبل الطعام وبعده وإن كان على وضوء وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال « من أحب أن يكثر خير بيته فليتوضأ إذا حضر غداءه وإذا رفعه » رواه ابن ماجه

سبع تمرات فأعطاني سبع تمرات أحدها من حشفة فلم يكن منهن ثمرة أعجب الي منها شدت في مضاجعي رواه البخاري وكذلك إن وضعه بين أيديهم وأذن لهم في أخذه على وجه لا يقع تناهب فلا يكره أيضاً قال المروذي سألت أبا عبد الله عن الجوز ينثر فكرهه وقال يعطون يقسم عليهم وقال علي (١) بن محمد بن بحر سمعت حسن أم ولد أحمد بن حنبل تقول لما حذق ابني حسن قال لي مولاي حسن لا تنثروا عليه فاشترى تمرأً وجوزاً فأرسله الى المعلم ، قالت وعمت أنا عسيمة وأطعمت الفقراء فقال أحسنت أجسنت وفرق أبو عبد الله على الصبيان الجوز خمسة خمسة

(١) قد ذكره في

المغني محمد بن علي

﴿ مسألة ﴾ (ومن حصل في حجره شيء فهو له غير مكروه)

لأنه مباح حصل في حجره فملكه كما لو وثبت سمكة من البحر فوقعت في حجره وليس لأحد أن يأخذه لما ذكرناه وقال في الحرر يملكه مع القصد وبدون القصد وجهان

﴿ مسألة ﴾ (ويستحب إعلان النكاح والضرب عليه بالدف)

وقال أحمد يستحب أن يظهر النكاح ويضرب عليه بالدف حتى يشتهر ويعرف قيل له ما الدف ؟ قال هذا الدف ، وقال لا بأس بالنزول في العرس كقول النبي ﷺ لا نصار

أتيناكم أتيناكم * خيونا نخيبكم * ولولا الذهب الأحمر * ما حلت بواديكم

ولولا الحبة السوداء * ما سمعت عذاراكم

وروى أبو بكر بإسناده عن الحسن بن علي أن النبي ﷺ قال «الوضوء قبل الطعام ينفي الفقر وبعده ينفي الهم» يعني به غسل اليدين وقال النبي ﷺ «من نام وفي يده ريح غمر وأصابه شيء فلا يلومن إلا نفسه» رواه أبو داود ولا بأس بترك الوضوء لما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ خرج من الغائط فأقي بطعام فقال رجل يا رسول الله ألا آتيك برضوء قال «لا أريد الصلاة» رواه ابن ماجه وعن جابر قال أقبل رسول الله ﷺ من شعب الجبل وقد قضى حاجته وبين أيدينا تمر على ترس أو جيفة فدعونا فآكل معنا وما مس ما رواه أبو داود. وروى عنه أنه كان يحنز من كثرة شاة في يده فدعي إلى الصلاة فآلقاها من يده ثم قام فصلي ولم يتوضأ رواه البخاري ولا بأس بتقطيع اللحم بالسكين لهذا الحديث وقال مهنا سألت أحمد عن حديث يروى عن النبي ﷺ «لا تقطعوا اللحم بالسكين فإنه من صنع الأعاجم وأنه شوه نهشاً فإنه أهنا وأمرأ» قال ليس بصحيح واحتج بهذا الحديث الذي ذكرناه

(فصل) وتستحب التسمية عند الأكل وأن يأكل بيمينه مما يليه لما روى عمر بن أبي سلمة قال كنت يتيماً في حجر رسول الله ﷺ فكانت يدي تطيش في الصحفة فقال لي النبي ﷺ «يا غلام مم الله وكل بيمينك وكل مما يليك» متفق عليه وعن ابن عمر عن النبي ﷺ قال «إذا أكل أحدكم فليأكل بيمينه فإن الشيطان يأكل بشماله ويشرب بشماله» رواه مسلم وعن عائشة أن رسول الله ﷺ

لا على ما يصنع الناس اليوم ومن غير هذا الوجه «ولو لا الحنطة الحمراء ما سمعت عذارىكم» وقال أحمد أيضاً يستحب ضرب الدف والصوت في الاملاك فقل له ما الصوت؟ قال يتكلم ويتحدث ويظهر والاصل في هذا ما روى محمد بن حاطب قال قال رسول الله ﷺ «فصل ما بين الحلال والحرام الصوت والدف في النكاح» رواه النسائي وقال عليه الصلاة والسلام «أعلنوا النكاح» وفي لفظ «أظهروا النكاح» وكان يحب أن يضرب عليها بالدف وفي لفظ «فاضربوا عليه بالغربال» وعن عائشة أنها زوجت تيممة رجلاً من الانصار وكانت عائشة فيمن أهداها إلى زوجها قالت فلما رجعنا قال لنا رسول الله ﷺ «ما قلتم يا عائشة؟» قالت سلمنا ودعونا بالبركة ثم انصرفنا فقال «ان الانصار قوم فيهم غزل ألا قلتم يا عائشة أتيناكم أتيناكم خيلاً وحياًكم» روي هذا كله عن عبد الله بن ماجه في سننه وقال أحمد لا بأس بالدف في العرس والختان وأكره الطبل وهو المنكر وهو الكوبة التي نهى عنها النبي ﷺ وإنما يستحب الضرب بالدف للنساء ذكره شيخنا رحمه الله

(فصل) ولا بأس أن يخلط المسافرون أزوادهم ويأكلون جميعاً وإن أكل بعضهم أكثر من بعض فلا بأس وقد كان السلف يتهادون في الغزو والحج ويفارق النار فإنه يؤخذ بنهب وتساب وتجادب بخلاف هذا.

قال « إذا أكل أحدكم فليذكر اسم الله فان نسي أن يذكر اسم الله في أوله فليقل بسم الله أوله وآخره » وكان رسول الله ﷺ جالسا ورجل يأكل فلم يسم حتى لم يبق من طعامه الا لقمة فلما رفعها الى فيه قال بسم الله أوله وآخره فضحك النبي ﷺ قال « ما زال الشيطان يأكل معه فلما ذكر الله قام في بطنه » رواه أبو داود وعن عكراش بن ذؤيب قال أي النبي ﷺ بمحنة كثيرة الثريد والودك فاقبلنا فأكل فخطبت يدي في نواحيها فقال « يا عكراش كل من موضع واحد فانه طعام واحد » ثم أتينا بطبق فيه ألوان الرطب فجالت يدر رسول الله ﷺ في التطبيق وقال « يا عكراش كل من حيث شئت فانه غير لون واحد » رواه ابن ماجه ولا يأكل من ذروة الثريد لما روى ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قال « إذا أكل أحدكم طعاما فلا يأكل من أعلى الصفحة ولكن ليأكل من أسفلها فان البركة تنزل من أعلاها » وفي الحديث « كلوا من جوانبها ودعوا ذواتها يبارك فيها » رواها ابن ماجه

(فصل) ويستحب الأكل بالأصابع الثلاث ولا يمسح يده حتى يلعقها قال مثنى سألت أبا عبد الله عن الأكل بالأصابع كلها فذهب الى ثلاث أصابع فذكرت له الحديث الذي يروى عن النبي ﷺ

(فصل في آداب الأكل)

يستحب غسل اليد قبل الطعام وبعده وإن كان على وضوء قال المروزي رأيت أبا عبد الله يغسل يديه قبل الطعام وبعده وإن كان على وضوء وقد روى عن النبي ﷺ أنه قال « من أحب أن يكثر خير بيته فليتوضأ إذا حضر غداؤه وإذا رفع » رواه ابن ماجه وروى أبو بكر بإسناده عن الحسن عن النبي ﷺ أنه قال « الوضوء قبل الطعام ينفي الفقر وبعده ينفي الهم » يعني به غسل اليدين وقال النبي ﷺ « من نام وفي يده ربح غمر فأصابه شيء فلا يلومن الا نفسه » رواه أبو داود ولا بأس بترك الوضوء لما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ خرج من الغائط فأني بطعام فقال رجل يا رسول الله ألا آتيتك بوضوء قال « ما أريد الصلاة » رواه ابن ماجه وعن جابر قال أقبل رسول الله ﷺ من شعب بالحليل وقد قضى حاجته وبين أيدينا تمر على ترس أو حنيفة فدعونا فأكل معنا وما مس ماء رواه أبو داود وروى عنه أنه كان يحبز من كنف شاة في يده فدعي الى الصلاة فألقاها من يده ثم قام فصلى ولم يتوضأ رواه البخاري ولا بأس بتقطيع اللحم بالسكين قال أحمد : حديث لا تقطعوا اللحم بالسكين فانه من صنيع الأعاجم وأنهم شوه نهشاً فانه أهذا وأمرأ قال ليس بصحيح واحتج بهذا الحديث الذي ذكرناه .

(فصل) وتستحب التسمية عند الأكل وأن يأكل بيمينه مما يليه لما روى عمر بن أبي سلمة قال كنت يتما في حجر رسول الله ﷺ فكانت يدي تطيش في الصفحة فقال النبي ﷺ « يا غلام سم الله وكل بيمينك وكل مما يليك » متفق عليه وعن ابن عمر عن النبي ﷺ قال « إذا أكل أحدكم فليأكل

أنه كان يأكل بكفه كلها فلم يصححه ولم ير إلا ثلاث أصابع وقد روى كعب بن مالك قال كان رسول الله يأكل بثلاث أصابع ولا يمسخ يده حتى يلعقها رواه الخلال بإسناده ويكره الاكل متكئاً لما روى أبو جحيفة أن رسول الله ﷺ قال « لا آكل متكئاً » رواه البخاري ولا يمسخ يده بالمنديل حتى يلعقها لما رويها وما روي عن ابن عباس عن النبي ﷺ قال « إذا أكل أحدكم طعاماً فلا يمسخ يده حتى يلعقها أو يلعقها » رواه أبو داود وعن نبيشة قالت: قال رسول الله ﷺ « من أكل في قصعة فاحسبها استغفرت له القصعة » رواه الترمذي . وعن جابر قال : قال رسول الله ﷺ « إذا وقعت اللقمة من يد أحدكم فليمسح ما عليها من الأرض وليأكلها » رواه ابن ماجه

(فصل) ويحمد الله إذا فرغ لفول رسول الله ﷺ « ان الله يرضى من العبد أن يأكل الاكلة أو يشرب الشرية فيحمده عليها » رواه مسلم عن أبي سعيد قال كان النبي ﷺ « إذا أكل طعاماً

ييمينه فان الشيطان يأكل بشماله ويشرب بشماله » رواه مسلم وعن عائشة أن رسول الله ﷺ قال « إذا أكل أحدكم فليذكر الله فان نسي أن يذكر اسم الله في أوله فليقل بسم الله أوله وآخره » وكان رسول الله ﷺ جالساً ورجل يأكل فلم يسم حتى لم يبق من طعامه إلا لقمة فلما رفعها إلى فيه قال بسم الله فضحك النبي ﷺ ثم قال « ما زال الشيطان يأكل معه فلما ذكر الله قاء ما في بطنه » رواه أبو داود وعن عكراش بن ذؤيب قال أتى النبي ﷺ بجفنة كثيرة الزبد والودك فأقبلنا نأكل فخبطت يدي في نواحيها فقال « يا عكراش كل من موضع واحد فانه طعام واحد » وأتينا بطبق فيه ألوان من الرطب فجالت يد رسول الله ﷺ في الطبق وقال يا عكراش « كل من حيث شئت فانه غير لون واحد » رواه ابن ماجه ولا يأكل من ذروة الزبد لما روى ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قال « إذا أكل أحدكم طعاماً فلا يأكل من أعلا الصحفه ولكن ليأكل من أسفلها فان البركة تنزل من أعلاها » وفي حديث آخر « كلوا من جوانبها ودعوا ذروتها تبارك » رواها ابن ماجه

(فصل) ويستحب الاكل بالاصابع الثلاث ولا يمسخ يده حق يلعقها قال مهنا سألت أبا عبد الله عن الاكل بيده كلها فذهب إلى ثلاث أصابع فذكرت له الحديث الذي يروى عن النبي ﷺ أنه كان يأكل بكفه كلها فلم يصححه ولم ير إلا ثلاث أصابع وقد روى كعب بن مالك قال كان النبي ﷺ يأكل بثلاث أصابع ولا يمسخ يده حتى يلعقها رواه الخلال بإسناده ويكره الاكل متكئاً لما روى أبو جحيفة أن رسول الله ﷺ قال « لا آكل متكئاً » رواه البخاري ولا يمسخ يده بالمنديل حتى يلعقها لما رويها وما روي عن ابن عباس عن النبي ﷺ « إذا أكل أحدكم طعاماً فلا يمسخ يده حتى يلعقها » رواه أبو داود وعن نبيشة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من أكل في قصعة فاحسبها استغفرت له القصعة » رواه الترمذي ومن جابر قال قال رسول الله ﷺ « إذا وقعت اللقمة من يد أحدكم فليمسح ما عليها من الأرض وليأكلها » رواه ابن ماجه

قال الحمد لله الذي أطعمنا وسقانا وجعلنا مسلمين « رواه أبو داود، وعن أبي أمامة عن النبي ﷺ أنه كان يقول « إذا رفع طعامه الحمد لله كثير أ مبارك كافيه غير مكفي ولا مودع ولا مستغنى عنه ربنا » وعن معاذ بن أنس الجهني عن رسول الله ﷺ قال « من أكل طعاما فقال الحمد لله الذي أطعمني هذا ورزقنيه من غير حول مني ولا قوة غفر له ما تقدم من ذنبه » رواه ابن ماجه وروى أن النبي ﷺ أكل طعاما هو وأبو بكر وعمر ثم قال « من قال في أركله بسم الله وبركة الله، وفي آخره الحمد لله الذي أطعم وأروى وأنعم وأفضل فقد أدى شكره » ويستحب الدعاء لصاحب الطعام لما روى جابر بن عبد الله قال : صنع أبو الهيثم للنبي ﷺ وأصحابه طعاما فدعى النبي ﷺ وأصحابه فلما فرغ قال « أيديوا صاحبكم » قالوا يا رسول الله وما اثابته ؟ قال « ان الرجل إذا دخل بيته وأكل طعامه وشرب شرابه فدعوا له فذلك اثابته » وعن أنس أن النبي ﷺ جاء إلى سعد بن عبادة قال : فجاء بخبز وزيت فأكل ثم قال النبي ﷺ « أفطر عندك الصائمون وأكل طعامكم الأبرار وصلت عليكم الملائكة » رواه أبو داود

(فصل) ولا بأس بالجمع بين طعامين فإن عبد الله بن جعفر قال : رأيت النبي ﷺ يأكل اقتناء بالزطب ، ويكره عيب الطعام لقول أبي هريرة ما عاب رسول الله ﷺ طعاما قط إذا انتهى شيئا أكله ، وإن لم يشتهه تركه متفق عليهما وإذا حضر فصادف قوما يأكلون فدعوه لم يكره له إلا كل لما قدمنا من حديث جابر حين دعوا رسول الله ﷺ فأكل معهم . ولا يجوز أن يتحين وقت أكلهم

(فصل) ويحمد الله إذا فرغ لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « إن الله يرضى من العبد أن يأكل الاكلة أو يشرب الشرية فيحمده عليها » رواه مسلم ، وعن أبي سعيد قال كان النبي صلى الله عليه وسلم إذا أكل طعاما قال « الحمد لله الذي أطعمنا وسقانا وجعلنا مسلمين » رواه أبو داود، وعن أبي أمامة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كان يقول إذا رفع طعامه « الحمد لله كثيرا مباركا فيه غير مكفي ولا مودع ولا مستغنى عنه ربنا » وعن معاذ بن أنس الجهني عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من أكل طعاما فقال الحمد لله الذي أطعمني هذا ورزقنيه من غير حول مني ولا قوة غفر له ما تقدم من ذنبه » رواه ابن ماجه وقد روي أن النبي ﷺ أكل طعاما هو وأبو بكر وعمر ثم قال « من قال في أوله بسم الله وبركة الله وفي آخره الحمد لله الذي أطعم وأروى وأنعم وأفضل فقد أدى شكره » ويستحب الدعاء لصاحب الطعام لما روى جابر بن عبد الله قال صنع أبو الهيثم للنبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه طعاما فدعى النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه فلما فرغ قال « أيديوا صاحبكم » قالوا يا رسول الله وما اثابته قال « ان الرجل إذا دخل بيته وأكل طعامه وشرب شرابه فدعوا له فذلك اثابته » وعن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم جاء إلى سعد بن عبادة يعوده فجاء بخبز وزيت فأكل ثم قال النبي صلى الله عليه وسلم « أفطر عندك الصائمون وأكل طعامكم الأبرار وصلت عليكم الملائكة » رواه أبو داود

(فصل) ولا بأس بالجمع بين طعامين فإن عبد الله بن جعفر قال رأيت النبي صلى الله عليه وسلم يأكل

فيهجم عليهم ليطعمهم لقول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوت النبي إلا أن يؤذن لكم إلى طعام غير ناظرين إياه) أي غير منتظرين بلوغ نضجه ، وعن أنس قال : ما أكل رسول الله ﷺ على خوان ولا في سكرجة قال فعلا م كنتم تأكلون ؟ قال على السفر ، وقال ابن عباس لم يكن رسول الله ﷺ ينفخ في طعام ولا شراب ولا يتنفس في الاناء . وفي المتفق عليه من حديث أبي قتادة « ولا يتنفس أحدكم في الاناء » وعن ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ « إذا وضعت المائدة فلا يقوم رجل حتى ترفع المائدة ولا يرفع يده وإن شبع حتى يفرغ القوم وليعذر فإن الرجل يجعل جليسه فيقبض يده وعسى أن يكون له في الطعام حاجة » رواه كل من ابن ماجه

(فصل) قال محمد بن يحيى قلت لأبي عبد الله الاناء يؤكل فيه ثم تغسل فيه اليد ؟ قال لا بأس وقيل لأبي عبد الله ما تقول في غسل اليد بالنخالة ؟ قال لا بأس به نحن نفعله واستدل الخطابي على جواز ذلك بما روى أبو داود بإسناده عن رسول الله ﷺ أنه أمر امرأة أن تجعل مع الماء ملحاً ثم تغسل به الدم من حيضة . والملاح طعام في معناه ما أشبهه والله أعلم

الفناء بالرطب ويكره عيب الطعام لقول أبي هريرة ما عاب رسول الله صلى الله عليه وسلم طعاماً قط إذا اشتهى شيئاً أكله وإن لم يشتهه تركه متفق عليهما وإذا حضر فصادف قوماً يأكلون فدعوه لم يكره الأكل لما قدمنا من حديث جابر حين دعوا رسول الله صلى الله عليه وسلم فأكل معهم ولا يجوز له أن يتحين وقت أكلهم فيهجم عليهم ليطعمهم لقول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوت النبي إلا أن يؤذن لكم إلى طعام غير ناظرين إياه) أي غير منتظرين بلوغ نضجه وعن أنس قال ما أكل رسول الله صلى الله عليه وسلم على خوان ولا في سكرجة قال فعلا م كنتم تأكلون ؟ قال على السفر وقال ابن عباس لم يكن رسول الله صلى الله عليه وسلم ينفخ في طعام ولا شراب ولا يتنفس في الاناء وفي المتفق عليه من حديث أبي قتادة « ولا يتنفس أحدكم في الاناء »

وعن ابن عمر قال قال رسول الله ﷺ « إذا وضعت المائدة فلا يقوم الرجل حتى ترفع المائدة ولا يرفع يده وإن شبع حتى يفرغ القوم وليقعد فإن الرجل يجعل جليسه فيقبض يده وعسى أن يكون له في الطعام حاجة » رواه كل من ابن ماجه

(فصل) قال محمد بن يحيى قلت لأبي عبد الله الاناء يؤكل فيه ثم تغسل فيه اليد ؟ قال لا بأس به . وقيل لأبي عبد الله ما تقول في غسل اليد بالنخالة ؟ قال لا بأس به نحن نفعله . واستدل الخطابي على جواز ذلك بما روى أبو داود بإسناده عن رسول الله ﷺ أنه أمر امرأة أن تجعل مع الماء ملحاً ثم تغسل به الدم من حيضة ، والملاح طعام ففي معناه ما أشبهه

كتاب عشرة النساء والخلع

قال الله تعالى (وعاشروهن بالمعروف) وقال تعالى (ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف) وقال أبو زيد يتقون الله فيهن كما عليهن أن يتقين الله فيهم ، وقال ابن عباس إني لأحب أن أتزين المرأة كما أحب أن تزين لي لأن الله تعالى يقول (ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف) وقال الضحاك في تفسيرها إذا أطعن الله وأطعن أزواجهن فعليه أن يحسن صحبتها ويكف عنها أذاه وينفق عليها من سعته وقال بعض أهل العلم التماثل ههنا في تأدية كل واحد منهما ماعليه من الحق لصاحبه بالمعروف ولا يعطله به ولا يظهر الكراهة بل يبشر وطلاقة ولا يتبعه إذا ولا منة لقول الله تعالى (وعاشروهن بالمعروف) وهذا من المعروف ، ويستحب لكل واحد منهما تحسين الخلق مع صاحبه والرفق به واحتمال أذاه لقول الله تعالى (وبالوالدين إحسانا وبذي القربى - إلى قوله - والصاحب بالجنب) قيل هو كل واحد من الزوجين ، وقال النبي ﷺ «استوصوا بالنساء خيرا فانهن عوان عندكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله» رواه مسلم ، وقال النبي ﷺ «إن المرأة خلقت من ضلع أعوج ان تستقيم على طريقة فان ذهبت تقيها كسرتها وان استمتع بها استمتع بها فبأعوج» متفق عليه وقال «خيركم خياركم لنسائهم»

﴿باب عشرة النساء﴾

تلزم كل واحد من الزوجين معاشرة الآخر بالمعروف وأن لا يعطله بحقه ولا يظهر الكراهة لبذله لقول الله تعالى (وعاشروهن بالمعروف) وقال (ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف) قال أبو زيد يتقون الله فيهن كما عليهن أن يتقين الله فيهم ، وقال ابن عباس إني لأحب أن أتزين المرأة كما أحب أن تزين لي لأن الله تعالى يقول (ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف) وقال الضحاك في تفسيرها إذا أطعن الله وأطعن أزواجهن فعليه أن يحسن صحبتها ويكف عنها أذاه وينفق عليها من سعته ، وقال بعض أهل العلم التماثل ههنا في تأدية كل واحد منهما ماعليه من الحق لصاحبه بالمعروف ولا يعطله به ولا يظهر الكراهة بل يبشر وطلاقة ولا يتبعه أذاً ولا منة لأن هذا من المعروف الذي أمر الله تعالى به . ويستحب لكل واحد منهما تحسين الخلق لصاحبه والرفق به واحتمال أذاه لقول الله تعالى (وبالوالدين إحسانا وبذي القربى) إلى قوله (والصاحب بالجنب) قيل هو كل واحد من الزوجين . وقال النبي ﷺ «استوصوا بالنساء خيرا فانهن عوان عندكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله» رواه مسلم . وقال النبي ﷺ «إن المرأة خلقت من ضلع أعوج ان تستقيم على طريقة فان ذهبت تقيها كسرتها وإن استمتع بها استمتع بها وفيها عوج» متفق عليه ، وقال «خيركم خياركم لنسائهم» رواه ابن ماجه ، وحق الزوج عليها أعظم من حقها عليه ، قال الله تعالى (وللرجال عليهن درجة)

رواه ابن ماجه ، وحق الزوج عليها أعظم من حقها عليه لقول الله تعالى (والرجال عليهم درجة) وقال النبي ﷺ «لو كنت آمراً أحداً أن يسجد لأحد لأمرت النساء أن يسجدن لأزواجهن لما جعل الله لهم عليهن من الحق» رواه أبو داود ، وقال «إذا باتت المرأة هاجرة فراش زوجها لعنتها الملائكة حتى ترجع» متفق عليه ، وقال لامرأة «أذات زوج أنت؟» قالت نعم قال «فانه جنتك ونارك» وقال «لا يحل لامرأة أن تصوم وزوجها شاهد إلا بإذنه ولا تأذن في بيته إلا بإذنه وما أنفقت من نفقة من غير إذنه فانه يرد اليه شطره» رواه البخاري

(فصل) إذا تزوج امرأة مثلها يوطئ فطلب تسليمها اليه وجب ذلك وان عرضت نفسها عليه لزمه تسليمها ووجبت نفقتها وان طلبها فسات الانظار أنظرت مدة جرت العادة أن تصلح أمرها فيها كاليومين والثلاثة لان ذلك يسير جرت العادة بمثله وقد قال النبي ﷺ «لا تطرقوا النساء ليلا حتى تنشط الشعثة وتستحد المغيبة» فمنع من الطروق وأمر بالهالما لتصلح أمرها مع تقدم صحبتها لها فنهنا أولى ، ثم ان كانت حرة وجب تسليمها ليلا ونهاراً وله السفر بها لان النبي ﷺ كان يسافر بنفسائه الا أن يكون سفراً مخوفاً فلا يلزمها ذلك ، وان كانت أمة لم يلزم تسليمها الا بالليل لانها مملوكة عقد على إحدى منفعتيها فلم يلزم تسليمها في غير وقتها كما لو أجزها لخدمة النهار لم يلزم تسليمها بالليل ، ويجوز المولى بيعها لان النبي ﷺ أذن لعائشة في شراء بريرة وهي ذات زوج ولا يفسخ النكاح بذلك بدليل أن بيع بريرة لم يبطل نكاحها

وقال النبي ﷺ «لو كنت آمراً أحداً أن يسجد لأحد لأمرت النساء أن يسجدن لأزواجهن لما جعل الله لهم عليهن من الحق» رواه أبو داود ، وقال «إذا باتت المرأة هاجرة فراش زوجها لعنتها الملائكة حتى ترجع» متفق عليه ، وقال لامرأة «أذات زوج أنت؟» قالت نعم ، قال «فانه جنتك ونارك» وقال «لا يحل لامرأة أن تصوم وزوجها شاهد إلا بإذنه ولا تأذن في بيته إلا بإذنه وما أنفقت من نفقة بغير إذنه فانه يرد اليه شطره» رواه البخاري

﴿مسئلة﴾ (واذا تم العقد وجب تسليم المرأة في بيت الزوج اذا طلبها وكانت حرة يمكن الاستمتاع بها) لان بالعقد يستحق الزوج تسليم المعوض كما تستحق المرأة تسليم العوض وكما تستحق المستأجرة تسليم العين المستأجرة وتستحق عليه الاجرة به ، وقوله وكانت حرة لأن الأمة لا يجب تسليمها الا بالليل على ما ذكره ، ويشترط إمكان الاستمتاع بها فان كانت صغيرة لا يجامع مثلها وذلك معتبر بحالها واحتمالها لذلك ، قاله القاضي وذكر انهم يختلفون فقد تكون صغيرة السن تصلح وكبيرة لا تصلح ، وحده أحمد رحمه الله بتسع سنين فقال في رواية أبي الحارث في الصغيرة يطلبها زوجها فان أتى عليها تسع سنين دفعت اليه ليس لهم أن يجبسوها بعد التسع وذهب في ذلك الى أن النبي صلى الله عليه وسلم بنى بإئشة وهي بنت تسع سنين ، قال القاضي هذا عندي ليس على طريق التحديد وإنما ذكره لان

(فصل) وللزوج إجبار زوجته على الغسل من الحيض والنفاس مسهلة كانت أو ذمية حرة كانت أو مملوكة لأنه يمنع الاستمتاع الذي هو حق له فذلك إجبارها على إزالة ما يمنع حقه، وإن احتاجت إلى شراء الماء فثمنه عليه، لأنه لحقه، وله إجبار المسهلة البالغة على الغسل من الجنابة لأن الصلاة واجبة عليها ولا تتمكن منها إلا بالغسل، فأما الذمية ففيها روايتان (أحدهما) له إجبارها عليه لأن كل الاستمتاع يقف عليه فإن النفس تعاف من لا يغسل من جنابة (والثانية) ليس له إجبارها عليه وهو قول مالك والثوري لأن الوطء لا يقف عليه فإنه مباح بدونه، وللشافعي قولان كالروايتين، وفي إزالة الوسخ والدرن وتقليم الأظفار وجهان بناء على الروايتين في غسل الجنابة، وتستوي في هذه المسئلة والذمية لاستوائهما في حصول النفرة ممن ذلك حالها، وله إجبارها على إزالة شعر العانة إذا خرج عن العادة رواية واحدة، ذكره القاضي. وكذلك الأظفار وإن طال قليلاً بحيث تعافه النفس ففيه وجهان، وهل له منعها من أكل ماله رائحة كريهة كالبصل والثوم والكراث؟ على وجهين (أحدهما) له منعها من ذلك لأنه يمنع القبلة وكل الاستمتاع

(والثاني) ليس له منعها منه، لأنه لا يمنع الوطء، وله منعها من السكر وإن كانت ذمية لأنه يمنع الاستمتاع بها فإنه يزيل عقلها ويجعلها كالزق المنفوخ ولا يأمن أن تجني عليه، وإن أرادت شرب مالا يسكرها فله منع المسهلة لأنها يعتقدان تحريره، وإن كانت ذمية لم يكن له منعها منه، نص عليه

الغالب إن ابنة تسع يمكن من الاستمتاع بها ومتى كانت لاتصلح للوطء لا يجب على أهلها تسليمها إليه وإن ذكر أنه يحصنها ويبرئها لأنه لا يملك الاستمتاع بها وليمت له بمحل ولا يؤمن شره نفسه إلى موافقتها فيفضها، وإن كانت مريضة مرضاً مرجوا الزوال لم يلزمها تسليم قبل برئها لأنه مانع مرجو الزوال فهو كالصغر ولأن العادة لم تجر بتسليم المريضة إلى زوجها والتسليم في العقد يجب على حسب العرف فإن كان المرض غير مرجو الزوال لزم تسليمها إلى الزوج إذا طابها ولزمه تسليمها إذا عرضت عليه لأنها ليست لها حالة يرجو زوال ذلك فيها، فلو لم تسلّم نفسها لم يفد الزوج وله أن يستمتع بها فإن كانت نضوة الخلق وهو جسم يخاف على نفسها الإفشاء من عظمه فلها منعه من جاءها وله الاستمتاع بها فيما دون الفرج وعليه النفقة ولا يثبت له خيار الفسخ لأن هذه يمكن الاستمتاع بها لغيره وإنما الامتناع لا من جهته وهو عظم خلقه بخلاف الرتقاء فإن طاب تسليمها إليه وهي حائض احتمل أن لا يجب ذلك كالمريض المرجو زواله، واحتمل وجوب التسليم لأنه يزول قريباً ولا يمنع من الاستمتاع بما دون الفرج

﴿مسئلة﴾ (وإنما يجب تسليمها في بيت الزوج إذا لم تشتط دارها) وقد ذكرنا ذلك في بابها ويجب عليها تسليم نفسها في دارها

(فصل) فإن كانت حرة لزم تسليمها ليلاً ونهاراً لأنه لا حق لغيره عليها

﴿مسئلة﴾ (فإن سألت الأنظار أنظرت مدة جرت العادة باصلاحها أمرها فيها كاليومين والثلاثة)

أحمد لأنها تعتقد إباحته في دينها ، وله إجبارها على غسل فيها منه ومن سائر النجاسات ليتمكن من الاستمتاع بغيرها ، ويتخرج أن يملك منعها منه لما فيه من الرائحة الكريهة وهو كالثوم . وهكذا الحكم لو تزوج مسلمة تعتقد إباحة يسير النبيذ هل له منعها منه ؟ على وجهين ، ومذهب الشافعي على نحو من هذا الفصل كله

(فصل) وللزوج منعها من الخروج من منزلها إلى ما لها منه بد سواء أرادت زيارة والديها أو عيادتهما أو حضور جنازة أحدهما ، قال أحمد في امرأة لها زوج وأم مريضة : طاعة زوجها أو وجب عليها من أمها إلا أن يأذن لها ، وقد روى ابن بطي في أحكام النساء عن أنس أن رجلا سافر ومنع زوجته الخروج فرض أبوها فاستأذنت رسول الله ﷺ في عيادة أبيها فقال لها رسول الله ﷺ « اتقي الله ولا تخالفي زوجك » فمات أبوها فاستأذنت رسول الله ﷺ في حضور جنازته فقال « لها اتقي الله ولا تخالفي زوجك » فأتى الله إلى النبي ﷺ « اني قد غفرت لها بطاعة زوجها ، ولأن طاعة الزوج واجبة والعيادة غير واجبة فلا يجوز ترك الواجب لما ليس بواجب ولا يجوز لها الخروج إلا بأذنه ولكن لا يشغلي للزوج منعها من عيادة والديها وزيارتهما لأن في ذلك قطيعة لها وحملها لزوجته على مخالفة ، وقد أمر الله تعالى بالمعاشرة بالمعروف وليس هذا من المعاشرة بالمعروف وإن كانت زوجته ذمية فله منعها من الخروج إلى الكنيسة لأن ذلك ليس بطاعة ولا نعمة وإن كانت مسلمة فقال القاضي له منعها من الخروج إلى المساجد وهو مذهب

لأن ذلك يسير جرت العادة بمثله وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « لا تطرقوا البيداء ليلا حتى تنشط الشعثة وتستهجد الغيبة » فنع من الطروق وأمر بامها لها لتصالح أمرها مع تقدم صحبتها له فنهنا أولى ﴿مسئلة﴾ (وإن كانت أمة لم يجب تسليمها إلا بالليل)

وللسيد استخدامها نهاراً وعليه إرسالها بالليل للاستمتاع بها لأنه زمانه وذلك لأن السيد يملك من أمته منفعتين الاستخدام والاستمتاع ، فإذا عقد على أحدهما لم يلزمه تسليمها إلا في زمن استقطابها كما لو أجزها لخدمة لم يلزمه تسليمها إلا في زمنها وهو النهار ، فإن أراد الزوج السفر بها لم يملك ذلك لأنه يفوت خدمتها المستحقة لسيدها ، وإن أراد السيد السفر بها فقد توقف أحمد عن ذلك فقال مأدري ؟ فيحتمل المنع منه لأنه يفوت حق الزوج منها فنع منه كما لو أراد الزوج السفر بها ويحتمل أن له السفر بها لأنه مالك لرقبتها فهو كسيد العبد إذا زوجها

(فصل) ويجوز للسيد بيعها لأن النبي صلى الله عليه وسلم أذن لعائشة في شراء بريرة وهي ذات زوج ولا يفسخ النكاح بذلك بدليل أن بيع بريرة لم يبطل نكاحها

﴿مسئلة﴾ (وله الاستمتاع بها ما لم يشغها عن الفرائض من غير إضرارها)

لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « إذا باتت المرأة مهاجرة فراش زوجها لعنتها الملائكة حتى ترجع »

الشافعي وظاهر الحديث يمنعه من منعها لقول النبي ﷺ « لا تمنعوا إماء الله مساجد الله » وروي أن الزبير تزوج عائكة بنت زيد بن عمرو بن نفيل وكانت تخرج إلى المساجد وكان غيورا فيقول لها لو صليت في بيتك فتقول لا أزال أخرج أو تمنعني فكره منعها لهذا الخبر وقال أحمد في الرجل تكون له المرأة أو الأمة النهرانية يشتري لها زناراً؟ قال لا بل تخرج هي تشتري لنفسها فقيل له جاريته تعمل الزناير؟ قال لا

(فصل) وليس على المرأة خدمة زوجها من العجن والخبز والطبخ وأشباهه نص عليه أحمد وقال أبو بكر بن أبي شيبة وأبو إسحاق الجوزجاني عليها ذلك واحتج بقصة علي وفاطمة فإن النبي ﷺ قضى على ابنته فاطمة بخدمة البيت وعلى علي ما كان خارجاً من البيت من عمل رواء الجوزجاني من طرق قال الجوزجاني وقد قال النبي ﷺ « لو كنت آمراً أحداً أن يسجد لأحد لامرت المرأة أن تسجد لزوجها ولو أن رجلاً أمر امرأته أن تنقل من جبل أسود إلى جبل أحمر أو من جبل أحمر إلى جبل أسود كان عليها أن تفعل » ورواه بإسناده قال فهذا طاعة فيما لا منفعة فيه فكيف بمؤنة معاشه؟ وقد كان النبي ﷺ يأمر نساءه بخدمته فقال يا عائشة اسقينا « يا عائشة أطعينا يا عائشة هلمي السفرة واشحذينا بحجر » وقد روي أن فاطمة أنت رسول الله ﷺ تشكو إليه ما تلقى من الرحى وسألته خادماً يكفيها ذلك

متفق عليه ، ولقول الله تعالى (وعاشروهن بالمعروف) وله السفر بها إلا أن تشتتر بلدها لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يسافر بنسائه ، فإن اشترطت بلدها فلها شرطها لقول النبي صلى الله عليه وسلم « إن أحق الشروط أن توفوا ما استحللتم به الفروج »

﴿ مسألة ﴾ (ولا يجوز وطؤها في الحيض إجماعاً)

لقول الله تعالى (فاعتزلوا النساء في الحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن) ولا يجوز وطؤها في الدبر في قول أكثر أهل العلم منهم علي وعبد الله وأبو الدرداء وابن عباس وعبد الله بن عمر وأبو هريرة رضي الله عنه وبه قال سعيد بن المسيب وأبو بكر بن عبد الرحمن ومجاهد وعكرمة والشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر ورويت إباحته عن عبد الله بن عمر وزيد بن أسلم ونافع ومالك ، وروي عن مالك أنه قال ما رأيت أحداً اقتدى به في ديني بشك في أنه حلال وأهل العراق من أصحاب مالك ينكرون ذلك واحتج من أحله بقوله تعالى (نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم) وقوله سبحانه (والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم) الآية .

ولنا ما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « إن الله لا يستحي من الحق لا تأتوا النساء في أعجازهن » وعن أبي هريرة وابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا ينظر الله إلى رجل جامع امرأته في دبرها » رواها ابن ماجه، وعن ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من

ولنا أن المعتود عليه من جهتها الاستمتاع فلا يلزمها غيره كسقي دوابه وحصاد زرعه فاما قسم النبي ﷺ بين علي وفاطمة فعل ما تليق به الاخلاق المرضية ومحجى العادة لا على سبيل الاجاب كما قد روي عن أسماء بنت أبي بكر أنها كانت تقوم بفرس الزبير وتلقط له النوى وتحمله على رأسها ولم يكن ذلك واجبا عليها ولهذا لا يجب على الزوج القيام بمصالح خارج البيت ولا الزيادة على ما يجب لها من النفقة والسكوة ولكن الاولى لها فمل ما جرت العادة بقيامها به لانه العادة ولا تصالح الحال إلا به ولا تنظم المعيشة بدونه

(فصل) ولا يحل وطء الزوجة في الدبر في قول أكثر أهل العلم منهم علي وعبد الله وأبو الدرداء وابن عباس وعبد الله بن عمرو وأبو هريرة وبه قال سعيد بن المسيب وأبو بكر بن عبد الرحمن ومجاهد وعكرمة والشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر ورويت اباحتها عن ابن عمر وزيد بن أسلم ونافع ومالك وروي عن مالك أنه قال ما أدركت أحدا أقندي به في ديني يشك في أنه حلال وأهل العراق من أصحاب مالك ينكرون ذلك واحتج من أجله بقول الله تعالى (نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم) وقوله سبحانه (والذين هم لفروجهم حافظون * إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم) ولنا ما روي أن رسول الله ﷺ قال «ان الله لا يستحيي من الحق» لا تأتوا النساء من أعجازهن» وعن أبي هريرة وابن عباس عن النبي ﷺ قال «لا ينظر الله الى رجل جامع امرأة في

أتى حائضا أو امرأة في دبرها أو كاهنا فصدقه بما يقول فقد كفر بما أنزل على محمد» رواه كلهم الاثرم، فأما الآية فروى جابر قال كان اليهود يقولون اذا جامع الرجل امرأته في فرجها من ورائها جاء الولد أحول فأنزل الله تعالى (نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم) من بين يديها ومن خلفها غير أن لا يأتيها إلا في المأتي متفق عليه، وفي رواية «اتها مقبلة ومدبرة اذا كان ذلك في الفرج» والآية الأخرى المراد بها ذلك

(فصل) فإن وطئها في دبرها فلا حد عليه لان في ذلك شبهة ويعزر لفعله المحرم وعليهما الغسل لانه إيلاج فرج في فرج وحكمه حكم الوطء في القبل في إفساد العبادات وتقدير المهر ووجوب العدة، فان كان الوطء في أجنبية فعليه حد اللوطي ولا مهر عليه لانه لم يفوت منفعة لها عوض في الشرع ولا يحصل بوطء زوجته في الدبر احصان انما يحصل بالوطء في الفرج لانه وطء كامل بخلاف هذا ولا الاحلال للزوج الاول لان المرأة لا تذوق عسيلة الرجل ولا تحصل به الفية لان الوطء لحق المرأة وحققا الوطء في القبل ولا يزول به الاكتفاء بصماتها في الاذن في النكاح لان بكرة الاصل باقية (فصل) فأما التلذذ بين الاليتين من غير إيلاج فلا بأس به لان السنة انما وردت بتحريم الدبر

فهو مخصوص بذلك ولانه حرم لأجل الاذى وذلك مخصوص في الدبر فاخص التحريم به

﴿مسئلة﴾ (ولا يعزل عن الحرية إلا باذنها)

دبرها « رواها ابن ماجة وعن بن مسعود عن النبي ﷺ قال « محاش النساء حرام عليكم » وعن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال « من أتى حائضاً أو امرأة في دبرها أو كاهناً فصدقه بما يقول فقد كفر بما أنزل على محمد » رواه ابن كاهن الاثرم فاما الآية فروى جابر قال كان اليهودية ولون اذا جامع الرجل امرأته في فرجها من ورائها جاء الولد أحول فانزل الله (نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم) من بين يديها ومن خلفها غير أن لا يأتيها الا في المأني متفق عليه وفي رواية « انهما مقبلة ومُدبرة اذا كان ذلك في الفرج » والآية الاخرى المراد بها ذلك

(فصل) فان وطئ زوجته في دبرها فلاحد عليه لان في ذلك شبهة ويعزر لفعله المحرم ، وعليها الغسل لانه إيلاج فرج في فرج وحكمه حكم الوطء في القبل في إفساد العبادات وتقرب المهر ووجوب العدة ، وان كان الوطء لاجنبية وجب حد الوطئ ولا مهر عليه لانه لم يفوت منفعة لما عوض في الشرع ولا يحصل بوطء زوجته في الدبر احصان انما يحصل بالوطء الكامل ، وليس هذا بوطء كامل والاحلال للزوج الاول لان المرأة لا تذوق به عسيلة الرجل ، ولا تحصل به الفينة ولا الخروج من العنة لان الوطء فيهما لحق المرأة ، وحققها الوطء في القبل ولا يزول به الاكتفاء بصماها في الاذن بانكاح لان بكارة الاصل باقية

(فصل) ولا بأس بالتلذذ بها بين الايتين من غير إيلاج لان السنة انما وردت بتحريم الدبر فهو مخصوص بذلك ولانه حرم لاجل الاذى وذلك مخصوص بالدبر فاخص التحريم به

(فصل) والعزل مكروه ومعناه أن ينزع اذا قرب الانزال فينزل خارجاً من الفرج رويت

معنى العزل أن ينزع اذا قرب الانزال فينزل خارجاً من الفرج وهو مكروه ، رويت كراهته عن عمر وعلي وابن عمر وابن مسعود ، وروي عن ابي بكر الصديق أيضاً لان فيه تقليل النسل وقطم اللذة عن الموطوءة ، وقد حث النبي صلى الله عليه وسلم على تعاطي أسباب الولد فقال « تناكحوا تناسلوا تكثروا » وقال « سوداء ولود خير من حسناء عقيم » إلا ان يكون العزل لحاجة مثل أن يكون في دار الحرب فتدعو حاجته الى الوطء

ذكر الخريفي في هذه : أو تكون زوجته أمة فيخشى الرق على ولده ، أو تكون له أمة فيحتاج إلى وطئها وإلى بيعها . فقد روي عن علي رضي الله عنه أنه كان يعزل عن امائه فان عزل من غير حاجة كره ولم يحرم وقد رويت الرخصة فيه عن علي وسعد بن أبي وقاص وأبي أيوب وزيد بن ثابت وجابر وابن عباس والحسن بن علي وخباب بن الارت وسعيد بن المسيب وطاوس وعطاء والنخعي ومالك والشافعي وأصحاب الرأي . وروى أبو سعيد قال ذكر يعني العزل عند رسول الله ﷺ قال « فلم يفعل ذلك أحدكم ؟ » ولم يقل فلا يفعل - فانه ليس من نفس مخلوقة إلا الله خالقها « متفق عليه ، وعنه أن رجلاً قال : يا رسول الله ان لي جارية وأنا أعزل عنها وأنا أكره أن تحمل وأنا أريد ما يريد الرجال وإن

كرهته عن عمر وعلي وان عمر وابن مسعود ، وروي ذلك عن أبي بكر الصديق أيضاً لان فيه تقليل النسل وقطع الألفة عن الموطوءة وقد حث النبي ﷺ على تعاطي أسباب الولد فقال « تناكحوا تناسلوا تكثروا » وقال - سوداء ولود خير من حسنا عقيم - الا أن يكون لحاجة مثل أن يكون في دار الحرب فتدعو حاجته إلى الوطء فيطأ ويعزل ذكر الحرقى هذه الصورة أو تكون زوجته أمة فيخشى الرق على ولده أو تكون له أمة فيحتاج إلى وطئها وإلى إيعها ، وقد روي عن علي رضي الله عنه أنه كان يعزل عن إيمانه فان عزل من غير حاجة كره ولم يحرم ، ورويت الرخصة فيه عن علي وسعد بن أبي وقاص وأبي أبوب وزيد بن ثابت وجابر وابن عباس والحسن بن علي وخباب بن الارت وسعيد بن المسيب وطاوس وعطاء والنخعي ومالك والشافعي وأصحاب الرأي ، وروى أبو سعيد قال : ذكر يعني العزل عند رسول الله ﷺ قال « فلم يفعل أحدكم ؟ - ولم يقل فلا يفعل - فإنه ليس من نفس مخلوقة إلا الله خالقها » متفق عليه ، وعنه أن رجلاً قال : يا رسول الله إن لي جارية وأنا أعزل عنها وأنا أكره أن تحمل وأنا أريد ما يريد الرجال وان اليهود تحدث أن العزل الموءودة الصغرى قال « كذبت يهود لو أراد الله أن يخلقه ما استطعت أن تصرفه » رواه أبو داود

(فصل) ويجوز العزل عن أمة بغير إذنها نص عليه أحمد وهو قول مالك وأبي حنيفة والشافعي وذلك لانه لاحق لها في الوطء ولا في الولد ولذلك لم تملك المطالبة بالقسم ولا الفينة بل لأن لأملاك المنعم من

اليهود تحدث أن العزل هي الموءودة الصغرى قال « كذبت يهود لو أراد الله أن يخلقه ما استطعت أن تصرفه » رواه أبو داود

ولا يعزل عن زوجته الحرة إلا باذنها قال القاضي ظاهر كلام أحمد وجوب استئذان الزوجة في العزل ، ويحتمل أن يكون مستحباً ، لان حقها في الوطء دون الاتزال بدليل أنه يخرج به من الفينة والعنة ، وللشافعية في ذلك وجهان ، والاول أولى لما روي عن عمر قال : نهى رسول الله ﷺ أن يعزل عن الحرة إلا باذنها ، رواه الامام أحمد في المسند وابن ماجه ولأن لها في الولد حقاً وعليها في العزل ضرر فلم يحز إلا باذنها .

(فصل) والنساء ثلاثة أقسام إحداهن زوجته الحرة فلا يجوز العزل عنها إلا باذنها في ظاهر المذهب وقد ذكرنا ذلك . (الثانية) : أمة فيجوز العزل عنها ، نص عليه أحمد ، وهو قول مالك وأبي حنيفة والشافعي وذلك لانه لاحق لها في الوطء ولا في الولد ولذلك لم تملك المطالبة بالقسم ولا الفينة فلأن تملك المنعم من العزل أولى . (الثالثة) زوجته الأمة فلاولى جواز العزل عنها بغير إذنها وهو قول الشافعي استدلالاً بمفهوم الحديث المذكور .

وقال ابن عباس يستأذن الحرة ، ولا يستأذن الأمة ولأن عليه ضرراً في ارقاق ولده بخلاف الحرة ، ويحتمل أن لا يجوز الا باذنها لانها زوجة تملك المطالبة بالوطء في الفينة والمسح عند تعذره بالعنة فلم يحز

العزل أولى ولا يعزل عن زوجته الحرة إلا باذنها . قال القاضي ظاهر كلام أحمد وجوب استئذان الزوجة في العزل ويحتمل أن يكون مستحباً لأن حقها في الوطء دون الانزال بدليل أنه يخرج به من الفينة والعنة ، وللشافعية في ذلك وجهان ، والاول أولى لما روي عن عمر رضي الله عنه قال نهى رسول الله ﷺ أن يعزل عن الحرة إلا باذنها رواه الامام أحمد في المسند وابن ماجة ولان لها في الولد حقاً وعليها في العزل ضرر فلم يجوز إلا باذنها فاما زوجته الامة فيحتمل جواز العزل عنها بغير إذنها وهو قول الشافعي استدلالاً بمفهوم هذا الحديث وقال ابن عباس تستأذن الحرة ولا تستأذن الامة ولان عليه ضرراً في استرقاق ولده بخلاف الحرة ويحتمل أن لا يجوز إلا باذنها لانها زوجة تملك المطالبة بالوطء في الفينة والفسخ عند تعذره بالعنة وترك العزل من تمامه فلم يجوز بغير إذنها كالحرة

(فصل) فان عزل عن زوجته أو أمته ثم أتت بولد لحقه نسبه لما روى أبو داود عن جابر قال جاء رجل من الانصار إلى رسول الله ﷺ فقال إن لي جارية وأنا أطوف عليها وأنا أكره أن تحمل فقال « اعزل عنها ان شئت فانه سيأتيها ما قدر لها » وقال أبو سعيد كنت أعزل عن جارية لي فولدت أحب الناس إلي ولان لحوق النسب حكم يتعلق بالوطء فلم يعتبر فيه الانزال كسائر الاحكام وقد قيل إن الوطء في الفرج يحصل به الانزال ولا يحس به

بغير إذنها كالحرة . وقال أصحابنا لا يجوز العزل عنها إلا باذن سيدها لان الولد له والاولى جوازه لان تخصيص الحرة بالاستئذان دليل سقوطه في غيرها ولان السيد لا حق له في الوطء فلا يجب استئذانه في كفيته ويحتمل أن يكون استئذانها مستحباً لان حقها في الوطء لا في الانزال بدليل خروجه بذلك من الفينة والعنة .

﴿ مسألة ﴾ (وله إجبارها على الغسل من الحيض والجنابة والنجاسة واجتناب المحرمات وأخذ الشعر الذي تعافه النفس الا الذمية فله إجبارها على الغسل من الحيض والنفاس وفي سائر الاشياء روايتان) وجملة ذلك أن للزوج إجبار زوجته على الغسل من الحيض والنفاس مسلمة كانت أو ذمية حرة أو مملوكة لانه يمنع الاستمتاع الذي هو حق له فله إجبارها على إزالة ما يمنع حقه فان احتاجت الى شراء الماء فتمنعه عليه لانه لحقه ، وله إجبار المسلمة البالغة على الغسل من الجنابة لان الصلاة واجبة عليها ولا تتمكن منها إلا بالغسل . فأما الذمية ففيها روايتان .

(أحدهما) له إجبارها عليه لان كمال الاستمتاع يقف عليه فان النفس تعاف من لا يغتسل من جنابة (والثانية) : ليس له إجبارها . وهو قول مالك والثوري فان الوطء لا يقف عليه لباحته بدونه ، وللشافعي قولان كالروايتين ، وفي إزالة الوسخ والدرن وفي تقليم الاظافر وجهان بناء على الروايتين في غسل الجنابة ، وبستوي في هذا المسلمة والذمية لاستوائهما في حصول النفرة بمن ذلك حالها ، وله إجبارها

﴿ فصل في آداب الجماع ﴾

تستحب التسمية قبله لقول الله تعالى (وقدموا لأنفسكم) قال عطاء، هي التسمية عند الجماع، وروى ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ « لو أن أحدكم حين يأتي أهله قال بسم الله اللهم جنبنا الشيطان وجنب الشيطان ما رزقنا فولد بينهما ولد لم يضره الشيطان أبدا » متفق عليه ، ويكره التجرد عند المجامعة لما روى عتبة بن عبيد قال قال رسول الله ﷺ « إذا أتى أحدكم أهله فليستر رأسه ولا يتجرد تجرد العيرين » رواه ابن ماجة وعن عائشة قالت كان رسول الله ﷺ إذا دخل الحلاء غطى رأسه وإذا أتى أهله غطى رأسه ولا يجامع بحيث يراها أحد أو يسمع حسنها ولا يقبلها ويباشرها عند الناس قال أحمد ما يعجنني إلا أن يكتم هذا كله وقال الحسن في الذي يجامع المرأة والآخرى تسمع قال كانوا يكرهون الوجس وهو الصوت الخفي ولا يتحدث بما كان بينه وبين أهله لما روى الحسن قال جلس رسول الله ﷺ بين الرجال والنساء فأقبل على الرجال « فقال لى أحدكم يحدث بياصنم بأهله إذا خلا » ثم أقبل على النساء فقال « لى إحداكن تحدث النساء بما يصنع بها زوجها » قال فقالت امرأة إنهم ليفعلون وإنا ليفعل فقال « لا تفعلوا فإنما مثل ذلكم كمثل شيطان لقي شيطانة فجامعها والناس ينفرون »

على إزالة شعر العانة إذا خرج عن العادة رواية واحدة ذكرها القاضي وكذلك الاظفار فإن طالا قليلا بحيث تعافه النفس ففيه وجهان ، وهل له منعها من أكل ماله راحة كرهية كالصل والثوم والكراوات ؟ على وجهين (أحدهما) له منعها من ذلك لانه يمنع القلة وكحل الاستمتاع . (والثاني) ليس له ذلك لانه لا يمنع الوطء ، وله منعها من السكر وان كانت ذمية لانه يمنع الاستمتاع بها ويزيل عقها ولا يأمن أن تجني عليه فأما شرب مالا يسكر فله منع المسلمة منه لانها يعتقدان تحريره، وليس له منع الذمية منه نص عليه أحمد لانها تعتقد اباحته في دينها ، وله إجبارها على غسل فيها منه لما فيه من الراحة الكريهة فهو كالثوم ، وهكذا الحكم لو تزوج مسلمة تعتقد حل يسير التبذ ومذهب الشافعي على نحو من هذا كله .

﴿ فصل ﴾ قال الشيخ رضي الله عنه (ولها عليه أن يبيت عندها ليلة من كل أربع ليال ان كانت حرة) وجملة ذلك أن قسم الابتداء واجب ومعناه أنه إذا كانت له امرأة حرة لزمه المبيت عندها ليلة من كل أربع ليال مالم يكن له عذر ، وإن كان له نساء فلكل واحدة منهن ليلة من كل أربع ، وبه قال الثوري وأبو ثور ، وقال النفاضي في المجرى لا يجب قسم الابتداء إلا ان كان بترك الوطء مضرة فإن كان تركه غير مضر لم يلزمه قسم ولا ووطء لان أحمد قال إذا وصل الرجل إلى امرأته مرة بطل أن يكون غنياً أي لا يؤجل . وقال الشافعي لا يجب قسم الابتداء بحال لان القسم لحقه فلم يجب عليه

وروى أبو داود عن أبي هريرة عن النبي ﷺ مثله بمعناه ولا يستقبل القبلة حال الجماع لأن عمرو بن حزم وعطاء كرها ذلك ويكره الاكثار من الكلام حال الجماع لما روى قبيصة بن ذؤيب أن رسول الله ﷺ قال « لا تكثروا الكلام عند مجامعة النساء فان منه يكون الخرس والغافاء » ولأنه يكره الكلام حالة البول وحال الجماع في معناه وأولى بذلك منه ويستحب أن يلاعب امرأته قبل الجماع لتنهض شهوتها فتقال من لغة الجماع مثل ما ناله

وقد روي عن عمر بن عبد العزيز عن النبي ﷺ أنه قال « لا تواقعها الا وقد أتاها من الشهوة مثل ما أتاك لكيلا تسبقها بالغراغ - قالت وذلك إلي ؟ قال - نعم انك تقبلها وتغمرها وتزهاونتها فاذا رأيت أنه قد جاءها مثل ما جاءك واقعتهما فازفرغ قبلها كره له النزاع حتى تفرغ لما روى أنس بن مالك قال قال رسول الله ﷺ « اذا جامع الرجل أهله فليقصد هاتم اذا قضى حاجته فلا يعجلها حتى تنفض حاجتها » ولان في ذلك ضرراً عليها ومنعاً لها من قضاء شهوتها ويستحب للمرأة أن تتخذ خرقه تناولها الزوج بعد فراغه فيتمسح بها فان عائشة قالت ينبغي للمرأة اذا كانت عاقلة أن تتخذ خرقه فاذا جامعها زوجها ناولته فمسح عنه ثم تمسح عنها فيصليان في ثوبها ذلك ما لم تصبه جنابة ولا بأس أن يجمع بين نسائه وإمائه فسل واحد لما روي عن أنس قال سكبت لرسول الله ﷺ من نسائه غسلاً واحداً في ليلة واحدة فان حدث الجنابة لا يمنع الوطء بدليل إمام الجماع قل احمد اذا أراد أن يعود فاعجب

ولنا قول النبي ﷺ لعبد الله بن عمرو بن العاص « يا عبد الله ألم أخبر أنك تصوم النهار وتقوم الليل » ؟ قالت بلى يا رسول الله قال فلا تفعل « صم وأفطر وقم ونم فان لجسدي عليك حقاً وإن لعينك عليك حقاً وإن لزواجك عليك حقاً » متفق عليه فأخبر أن للمرأة عليه حقاً

وقد روى الشعبي أن كعب بن سوار كان جالساً عند عمر بن الخطاب فجاءت امرأة فقالت يا أمير المؤمنين ما رأيت رجلاً قط أفضل من زوجي والله انه لييت لي له قائماً ويظل نهاره صائماً فاستغفر لها وأثنى عليها واستحيت المرأة وقامت راجمة فقال كعب يا أمير المؤمنين هلا أعديت المرأة على زوجها فجاء فقال لكعب اقض بينهما فانك فهمت من أمرهما ما لم أفهم قال فاني أرى أنها امرأة عليها ثلاث نسوة وهي رابعتهن فأقضي له بثلاثة أيام ولياليهن يتعبد فيهن ولها يوم وليلة فقال عمر والله ما رأيك الاول باعجب إلي من الآخر اذهب فأنت قاض على البصرة روي ذلك عن عمر بن شبة في كتاب قضاة البصرة بن وجوه هذا أحدها وفي لفظ قال عمر نعم القاضي أنت ، وهذه قضية اشتهرت فلم تنكر فكانت إجماعاً ولأنه لو لم يكن حقاً للمرأة ملك الزوج تخصيص إحدى زوجاته كل زيادة في الفضة على قدر الواجب .

(مسئلة) (وان كانت أمة فن ثمان ليال ليلة)

هذا اختيار شيخنا قال أصحابنا من كل سبع لان أكثر ما يمكن أن يجمع معها ثلاث حرائر ولها

إلى الوضوء فان لم يفعل فأرجو أن لا يكون به بأس ولان الوضوء يزبده نشاطاً ونظافة فاستحب وان اغتسل بن كل وطئتين فهو أفضل فان أبا رافع روى أن رسول الله ﷺ طاف على نسائه جميعاً فاغتسل عند كل امرأة منهن غسلاً فقلت يا رسول الله لو جعلته غسلاً واحداً؟ قال «هذا أزكى وأطيب وأطهر» رواه أحمد في المسند، وروى أحاديث هذا الفصل كلها أبو حفص الكبير، وروى ابن بطانة بإسناده عن أبي سعيد قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «إذا جامع الرجل أول القيل ثم أراد أن يعود توطأ وضوءه للصلاة»

(فصل) وليس للرجل أن يجمع بين امرأته في مسكن واحد بغير رضاها صغيراً كان أو كبيراً لأن عليهما ضرراً لما بينهما من العداوة والغيرة واجتماعهما يشتر الحاصمة والمقاتلة وتسمع كل واحدة منهما حسه إذا أتى إلى الأخرى أو ترى ذلك فان رضىتا بذلك جاز لان الحق لهما فلها المسامحة بتركه وكذلك إن رضيتا بنومه بينهما في لحاف واحد، وإن رضيتا بأن يجمع واحدة بحيث تراه الأخرى لم يجوز لان فيه دناءة وسخا وسقوط مروءة فلم يبح برضاها وإن أسكنهما في دار واحدة كل واحدة في بيت جاز اذا كان ذلك مسكناً مثلها

(فصل) روى عن النبي ﷺ أنه قال «أعجبون من غيرة سعد؟ لأننا أغير منه والله أغير مني» ومن علي رضي الله عنه قال: بلغني أن نساءكم ابزاهن العلو في الأسواق أما تغارون؟ انه لا خير فيمن لا يغار. وقال محمد بن علي بن الحسين كان ابراهيم عليه السلام غيوراً وما من أصرى لا يغار إلا منكوس القلب.

السابعة والاولى أولى ايكرن على النصف ما للحررة فان حق الحررة من كل ثمان ليلتان ولو كان للامة ليلة من سبع لزيد على النصف ولم يكن للحررة ليلتان وللامة ليلة ولانه إذا كان تحته ثلاث حرائر وأمة فلم يرد أن يزيدهن على الواجب لهن فقسم بينهما سبعاً فاما انصنع في الليلة الثامنة؟ إن أوجبنا عليه مبيتها عند حررة فقد زأدها على ما يجب لها وإن بانها عند الامة جعلها كالحررة ولا سبيل اليه وعلى ما اختاره شيخنا تكون هذه الليلة الثامنة له ان أحب انفرد فيها وان أحب بات عند الأولى مستأنفاً للقسم وان كان عنده حررة وأمة قسم لهن ثلاث ليل من ثمان وله الانفرد في خمس وان كان تحته حرتان وأمة فلهن خمس وله ثلاث وان كان حرتان وأمة فلهن ست وله ليلتان وان كانت أمة واحدة فلها ليلة وله سبع وعلى قول الاصحاب لها ليلة وله ست

(مسئلة) (وله الانفرد بنفسه فيما بقي وقد ذكرناه لانه قد وفاهن حقهن فلم تجب عليه زيادة كالأوفاهن حقهن من النفقة والسكوة والسكن)

(مسئلة) (وعليه أن يطأ في كل أربعة أشهر مرة)

(مسألة) قال (أبو القاسم وعلى الرجل أن يساري بين زوجاته في القسم)

لأنهم بين أهل العلم في وجوب التسوية بين الزوجات في القسم خلافا وقد قال الله تعالى (وعاشرهم بالمعروف) وأيسر مع الميل معروف ، وقال الله تعالى (فلا تميلوا كل الميل) فتدروها كالمعلقة ، وروى أبو هريرة قال : قال رسول الله ﷺ « من كانت له امرأتان فمال إلى أحدهما جاء يوم القيامة وشقه مائل ، وعن عائشة قالت : كان رسول الله ﷺ يقسم بيننا فيعدل ثم يقول « اللهم هذا قسمي في فيما أملك فلا تلني فيما لا أملك » رواها أبو داود إذا ثبت هذا فإنه إذا كان عنده نسوة لم يجوز له أن يتبدى بواحدة منهن إلا بقرعة لأن البداءة بها تفضيل لها والتسوية واجبة ولأنهن متساويات في الحق ولا يمكن الجمع بينهما فوجب المصير إلى القرعة كما لو أراد السفر بإحداهن فإن كانتا اثنتين كفاه قرعة واحدة ويصير في الليلة الثانية إلى الثانية بغير قرعة لأن حقها متعين وإن كن ثلاثا أفرع في الليلة الثانية للبداءة بإحدى الباقيتين ، وإن كن أربعة أفرع في الليلة الثالثة وبصير في الليلة الرابعة إلى الرابعة بغير قرعة ، ولو أفرع في الليلة الأولى فجعل سهمها للأولى وسهما لثانية وسهما لثالثة وسهما لرابعة ثم أخرجها عليهن مرة واحدة جاز وكان لكل واحدة ما خرج لها

(فصل) ويقسم المريض والمحجوب والعين والحشي والحضي وبذلك قال الثوري والشافعي وأصحاب

الوطء واجب على الرجل إذا لم يكن عذر به قال مالك وقال إمامي لا يجب إلا أن يترك للأضرار وقال الشافعي لا يجب عليه لأنه حق له فلا يجب عليه كسائر حقوقه ولما تقدم في المسألة المتقدمة في أول الفصل ولأن في بعض الروايات حديث كعب حين قضى بين الرجل وامراته قال إن لها عليك حملا بإملا تصيبها في أربع لمن عدل فأعطها ذلك ودع عنك العمل أستحسن عمر قضاء ورضيه ولأنه حق يجب بالاتفاق إذا حلف على تركه فيجب قبل أن يحلف كسائر الحقوق الواجبة بحقق هذا أنه لو لم يكن واجبا لم يصح اليمين على تركه واجبا كسائر مالا يجب ولأن النكاح شرع لمصلحة الزوجين ودفع الضرر عنها وهو مفضل إلى رفع ضرر الشهوة عن المرأة كإرضائه إلى رفع ذلك عن الرجل فيجب تعمله بذلك ويكون الوطء حقا لهما جميعا ولأنه لو لم يكن لهما فيه حق لما وجب استئذانها في العزل كالأمة

(فصل) ويجب في كل أربعة أشهر مرة نص عليه أحمد ووجهه أن الله تعالى قدره بأربعة أشهر في حق المولي فكذلك في حق غيره لأن اليمين لا توجب ما حلف على تركه فيدل على أنه واجب بدونها (مسألة) (فإن سافر عنها أكثر من ستة أشهر فطلبت قدومه لزمه ذلك إن لم يكن له عذر)

وجملة ذلك أنه إذا سافر عن امرأته لعذر وحاجة سقط حقها من القسم والوطء وإن طال سفره ولذلك لا يفسخ نكاح المفقود إذا ترك لامراته نفقة وإن لم يكن له عذر مانع من الرجوع فإن أحمد

الرأي لان القسم الانس وذلك حاصل ممن لا يطاق، وقد روت عائشة أن رسول الله ﷺ لما كان في مرضه جعل يدور في نساؤه ويقول أين أنا غدا؟ أين أنا غدا؟ رواه البخاري فان شق عليه ذلك استأذنه في الكون عند إحداهن كما فعل النبي ﷺ، قالت عائشة إن رسول الله ﷺ بعث إلى النساء فاجتمعن قال «إني لا أستطيع أن أدور بينكن فان رأيتم أن تأذن لي فأكون عند عائشة فعلن» فأذن له رواه أبو داود فان لم يأذن له أقام عند إحداهن بالقرعة أو اعتزلن جميعا إن أحب، فان كان الزوج مجنونا لا يخاف منه طاف به الولي عليهن، وإن كان يخاف منه فلا قسم عليه لانه لا يحصل منه أنس ولا فائدة وإن لم يعدل الولي في القسم بينهن ثم أفاق المجنون فعليه أن يقضي المظالوة لانه حق ثبت في ذمته فنزله إيفاءه حال الافاقة كالمال.

(فصل) ويقسم المريضة والرتقاء والحائض والنفساء والمحرم والصغيرة الممكن وطؤها وكهن سواء في القسم، وبذلك قل مالك والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم، وكذلك التي ظاهر منها لان القصد الايواء والسكن والانس وهو حاصل لمن، وأما المجنونة فان كانت لا يخاف منها فهي كالصحيحة وان خاف منها فلا قسم لها لانه لا يأمنها على نفسه ولا يحصل لها أنس ولا بها (فصل) ويجب قسم الابتداء ومعناه انه اذا كانت له امرأة لزمه المبيت عندها ليلة من كل أربع ليال مالم يكن عذر، وإن كان له نساء فلكل واحدة منهن ليلة من كل أربع، وبه قال الشوري وأبو

رحمه الله ذهب الى توقيته بستة أشهر فانه قيل له كم يغيب الرجل عن زوجته؟ قال ستة أشهر يكتب اليه فان أبى أن يرجع فرق الحاك بينهما وانما صار الى تقديره بهذا الحديث عمر، رواه أبو حفص بإسناده عن زيد بن أسلم قال بينما عمر بن الخطاب يحرس بالمدينة فر بأمرأة وهي تقول :

تطاول هذا الليل واسود جانبه وطال على أن لا خليل الأعبه

ووالله لولا خشية الله وحده لحرك من هذا السرير جوانبه

فسأل عنها عمر فقيل له هذه فلانة زوجها غائب في سبيل الله فارسل اليها امرأة تكون معها وبعث الى زوجها فأقفلته ثم دخل على حفصة فقال يا بنية كم تصبر المرأة عن زوجها؟ فقالت سبحان الله مثلك يسأل مثلي عن هذا فقال لولا أنني أريد النظر للمسلمين مأسألتك قالت خمسة أشهر أو ستة أشهر فوقت للناس في مغازيهم سنة أشهر يسرون شهراً ويقيمون أربعة ويسرون شهراً راجمين وسئل أحمد كم للرجل يغيب عن أهله؟ قال يروى ستة أشهر وقد يغيب الرجل أكثر من ذلك لأمر لا بد له ﴿مسئلة﴾ (فان أني شيئاً من ذلك ولم يكن ثم عذر فطلبت الفرقة فرق بينهما)

قال أحمد في رواية ابن منصور في رجل تزوج امرأة ولم يدخل بها يقول غدا أدخل بها الى شهر يجبر على الدخول قال أذهب الى أربعة أشهر إن دخل بها وإلا فرق بينهما فجعله أحمد كالمولى وقال أبو بكر بن جعفر لم يرو مسئلة بن منصور غيره وفيها نظر وظاهر قول أصحابنا أنه لا يفرق بينهما لذلك

ثور ، وقال القاضي في المجرّد لا يجب قسم الابتداء إلا أن يترك الوطء مهنراً فإن تركه غير مهنراً يلزمه قسم ولا وطء لأن أحمد قال إذا وصل الرجل إلى امرأته مرة بطل أن يكون عنيماً أي لا يؤجل وقال الشافعي لا يجب قسم الابتداء بحال لأن القسم لحقه فلم يجب عليه ولنا قول النبي ﷺ لعبد الله بن عمرو بن العاص يا عبد الله « ألم أخبر أنك تصوم النهار وتقوم الليل ؟ » قلت بلى يا رسول الله قال « فلا تفعل صم ، وأفطر ، قم ، ونم فإن لجسدك عليك حقاً ، وإن لعينك عليك حقاً وإن لزواجك عليك حقاً » متفق عليه فأخبر أن المرأة عليه حقاً وقد اشتهرت قصة كعب ابن سور رواها عمر بن شبة في كتاب قضاة البصرة من وجوه أحدها عن الشعبي أن كعب بن سور كان جالساً عند عمر بن الخطاب فجاءت امرأة فقالت يا أمير المؤمنين ما رأيت رجلاً قط أفضل من زوجي والله أنه لم يبيت ليلاً قائماً ويظل نهاره صائماً فاستغفر لها رثني عليها واستحيت المرأة وقامت راجعة فقال كعب يا أمير المؤمنين هلا أعديت المرأة على زوجها ؟ فجاء فقال لكعب أقض بينهما فإنك فهمت من أمرهما ما لم أفهم قال فاني أرى كأنها امرأة عليها ثلاث نسوة هي رابعتهن فأقضي له بثلاثة أيام وليألهن يتعبد فيهن ولها يوم وليلة فقال عمر والله ما رأيك الأول بأعجب إلي من الآخر اذهب فأنت قاض على أهل البصرة ، وفي رواية فقال عمر : نعم القاضي أنت . وهذه قضية انقضت فلم تنكر فكانت اجماعاً . ولأنه لو لم يكن حقاً لم تستحق فسخ النكاح لتعذره بالجلب والعنة وامتناعه بالايلاء ، ولأنه لو لم يكن حقاً المرأة المالك الزوج تخصيص إحدى زوجتيه به كالزيادة في النفقة على

وهو قول أكثر الفقهاء لأنه لو ضربت له المدة لذلك وفرق بينهما لم يكن الايلاء أثر ولا خلاف في اعتباره وقال بعض أصحابنا إن غاب أكثر من ذلك لغير عذر يرأسه الحاكم فإن أبي أن يقدم فسخ نكاحه ، وروي ذلك عن أحمد ومن قال لا يفسخ نكاحه إذا ترك الوطء وهو حاضر فهنا أول . وفي جميع ذلك لا يجوز الفسخ عند من يراه إلا بحكم الحاكم لأنه مختلف فيه ، وعن أحمد ما يدل على أن الوطء غير واجب فيكون هذا كله غير واجب لأنه حق له فلم يجبر عليه كسائر حقوقه وهذا مذهب والاول أولى لما ذكرنا

(فصل) سئل أحمد يؤجر الرجل أن يأتي أهله وليس له شهوة قال له إي والله يحاسب الولد قان لم يرد الولد يقول هذه المرأة شابة لم لا يؤجر ؟ وهذا صحيح وإن أبا ذر روى أن رسول الله ﷺ قال « مباحعتك أهلك صدقة » قلت يا رسول الله أنصيب شهوتنا ونؤجر ؟ قال « أرايت لو وضعه في غير حقه ؟ ما كان عليه وزر » قال بلى قال « أفنتحسبون بالسيئة ولا تحسبون بالخير ؟ » ولأنه وسيلة إلى الولد وإعفاف نفسه وامراته ونقض بصره وسكون نفسه أو إلى بعض ذلك

(مسألة) ويستحب أن يقول عند اجماع بسم الله اللهم جنبني الشيطان وجنب الشيطان مارزقني لقول الله تعالى (وقدموا لأنفسكم) قال عطاء هي التسمية عند اجماع ، وروى ابن عباس قال :

قدر الواجب. إذا ثبت هذا فقال أصحابنا حق المرأة ليلة من كل أربع وللأمة ليلة من كل سبع لأن أكثر ما يمكن أن يجمع معها ثلاث حرائر ولها السابعة

والذي يقوى عندي أن لها ليلة من ثمان لتكون على النصف مما للحررة فإن حق الحررة من كل ثمان لثمان ليس لها أكثر من ذلك ، فلو كان للأمة ليلة من سبع لزاد على النصف ولم يكن للحررة لثمان وللأمة ليلة ولأنه إذا كان تحته ثلاث حرائر وأمة فلم يرد أن يزيدهن على الواجب لهن فقسم بينهما سبعاً فهاذا يصنع في الليلة الثامنة ؟ إن أوجبنا عليه مبيتها عند حررة فقد زادها على ما يجب لها ، وإن باتها عند الأمة جعلها كالحررة ولا سبيل إليه ، وعلى ما اخترن تكون هذه الليلة الثامنة له ، إن أحب انفرد فيها وإن أحب بات عند الأولى مستأنفاً للتسم ، وإن كان عنده حررة وأمة فقسم لهن ثلاث ليال من ثمان وله الانفرد في خمس ، وإن كان تحته حرتان وأمة فلهن خمس وله ثلاث وإن كان حرتان وأمتان فلهن ست وله اثنتان وإن كانت أمة واحدة فلها ليلة وله سبع ، وعلى قوالهم لها ليلة وله ست

(فصل) والوطء واجب على الرجل إذا لم يكن له عذر وبه قال مالك وعلى قول القاضي لا يجب إلا أن يتركه للضرار وقال الشافعي لا يجب عليه لأنه حق له فلا يجب عليه كسائر حقوقه ولما ما تقدم في الفصل الذي قبله ، وفي بعض روايات حديث كعب أنه حين قضى بين الرجل وامراته قال إن لها عليك حقاً يا بعل تصيبها في أربع لمن عدل فأعطها ذاك ودع عنك العال فاستحسن

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لو أن أحدكم حين يأتي أهله قال بسم الله اللهم جنبنا الشيطان وجنب الشيطان ما رزقنا فولد بينهما ولد لم يضره الشيطان أبداً » متفق عليه

(فصل) ويكره التجرد عند الجماعة لما روى عتبة بن عبد الله قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا أتى أحدكم أهله فليستتر ولا يتجردان تجرد العيرين » رواه ابن ماجه وعن عائشة قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا دخل الخلاء غطى رأسه وإذا أتى أهله غطى رأسه ولا يجامع بحيث يراها أحد أو يسمع حسنها ولا يقبلها ويباشرها عند الناس قال أحمد ما يعجبني إلا أن يكتم هذا كله وقال أحمد في الذي يجامع المرأة والآخرى تسمع قال كانوا يكرهون الوجس وهو الصوت الخفي ولا يتحدث بما كان بينه وبين أهله لما روي عن الحسن قال جلس رسول الله صلى الله عليه وسلم بين الرجال والنساء فأقبل على الرجال فقال « لعل أحدكم يحدث بما يصنع بأهله إذا خلا - ثم أقبل على النساء فقال - لعل إحداكن تحدث بما يصنع بها زوجها قال فقالت امرأة إنهم ليفعلون وإنا لنفعل فقال - لا تفعلوا فأنما مثلكم كمثل الشيطان لقي شيطانة فجامعها والناس ينظرون » وروى أبو داود عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم مثله بمعناه ولا يستقبل القبلة حال الجماع لأن عمرو بن حزم وعطاء كرها ذلك .

❦ مسألة ❦ (ولا يكثر الكلام حال الوطء)

لما روى قبيصة بن ذؤيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا تكثروا الكلام عند جماعه

عمر قضاءه ورخصه ، ولأنه حق واجب بالاتفاق وإذا حلف على تركه فيجب قبل أن يحلف كسائر الحقوق الواجبة ، بحقق هذا أنه لو لم يكن واجبا لم يصح باليمين على تركه واجبا كسائر ما لا يجب ولأن النكاح شرع لمصلحة الزوجين ودفع الضرر عنهما وهو مفض الى دفع ضرر الشهوة عن المرأة كفضائه الى دفع ذلك عن الرجل فيجب تعليله بذلك ويكون النكاح حقا لهما جميعا ، ولأنه لو لم يكن لها فيه حق لما وجب استئذانها في العزل كالامة

إذا ثبت وجوبه فهو مقدر بأربعة أشهر نص عليه أحمد ووجهه ان الله تعالى قدره بأربعة أشهر في حق المولي فكذلك في حق غيره لان اليمين لا توجب ما حلف على تركه فيدل على انه واجب بدونها فان أصغر على ترك الوطء وطالبت المرأة فقد روى ابن منصور عن أحمد في رجل تزوج امرأة ولم يدخل بها يقول غدا أدخل بها غدا أدخل بها إلى شهر هل يجبر على الدخول ؟ فقال أذهب الى أربعة أشهر ان دخل بها والا فرق بينهما فجعله أحمد كالملوك وقال أبو بكر بن جعفر لم يرو مسئلة ابن منصور غيره وفيها نظر وظاهر قول اصحابنا انه لا يفرق بينهما لذلك وهو قول أكثر الفقهاء لانه لو ضرب له المدة لذلك وفرق بينهما لم يكن الايلاء أثر ولا خلاف في اعتباره

(فصل) وإن سافر عن امرأته لعذر وحاجة سقط حقها من القسم والوطء ، وإن طال سفره

النساء فان منه يكون الخرس والفقاء ولأنه يكره الكلام حالة البول وحال الجماع في معناه ويستحب أن يلاعب امرأته عند الجماع لتنهض شهوتها لتتال من لذة الجماع مثل ما ناله ، وقد روى عمر بن العزيز عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا تواقعها الا وقد أتاها من الشهوة مثل ما أتاك الكيلا تسبقها بالفراغ » قلت وذلك إلي ؟ قال « نعم إنك تقبها وتغمزها وتلمسها فإذا رأيت أنه قد جاءها مثل ما جاءك واقعتها »

﴿مسئلة﴾ (ولا ينزع اذا فرغ قبها حتى تفرغ)

لما روى أنس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا جامع الرجل أهله فليقمصدها ثم إذا قضى الرجل حاجته فلا يعجلها حتى تقضي حاجتها » ولان في ذلك ضرراً عليها ومنعاً لها من قضاء شهوتها ويستحب للمرأة أن تتخذ خرقة تناولها الزوج بعد فراغه يتمسح بها فان عائشة قالت : ينبغي للمرأة إذا كانت عاقلة أن تتخذ خرقة فإذا جامعها زوجها ناولته فمسح عنه ثم تمسح عنها فيصليان في ثوبهما ذلك ما لم تصبه جنابة

﴿مسئلة﴾ (ولا بأس أن يجمع بين وطء نسائه وإمائه بغسل واحد)

لما روى أنس قال سكت لرسول الله صلى الله عليه وسلم فاغتسل من نسائه شسلا واحدا في ليلة واحدة ولان حدث الجنابة لا يمنع الوطء بدليل إتمام الجماع ويستحب الوضوء عند معاودة الوطء نص عليه

ولذلك لا يصح نكاح المفقود إذا ترك لامرأته نفقة ، وإن لم يكن له عذر مانع من الرجوع فإن أحمد ذهب إلى توقيته بستة أشهر فإنه قيل له كم يغيب الرجل عن زوجته ؟ قال ستة أشهر يكتب إليه فإن أبي أن يرجع فرق الحاك بينهما ، وإنما صار إلى تقديره بهذا الحديث عمر رواه أبو حفص بأسناده عن زيد بن أسلم قال : بينا عمر بن الخطاب بحمص المدينة فمر بامرأة في بيتها وهي تقول

تطاول هذا الليل واسود جانبه وطال على أن لا خليل الأعبه

ووالله لولا خشية الله وحده لحرك من هذا السرير جوانبه

فسأل عنها عمر فقيل له هذه ثلاثة زوجها غائب في سبيل الله فأرسل إليها امرأة تكون معها وبعث إلى زوجها فأقفلته ثم دخل على حفصة فقال يا بنية كم تصبر المرأة عن زوجها ؟ فنالت سبحان الله مثلك يسأل مثلي عن هذا فقال لولا أنني أريد النظر للمسلمين ما سألتك قالت خمسة أشهر ستة أشهر فوقت للناس في منازلهم ستة أشهر يسرون شهراً ويقيمون أربعة ويسرون شهراً راجعين . وسئل أحمد كم للرجل أن يغيب عن أهله ؟ قال يروى ستة أشهر وقد يغيب الرجل أكثر من ذلك لا مراً لا بدله فإن غاب أكثر من ذلك لم يغرب عذراً فقال بعض أصحابنا يرأسه الحاكم فإن أبي أن يقدم ففسخ نكاحه ومن قال لا يفسخ نكاحه إذا ترك الوطء وهو حاضر فبها أولى وفي جميع ذلك لا يحرز الفسخ عند من يراه إلا بحكم حاكم لانه مختلف فيه

(فصل) وسئل أحمد يؤجر الرجل أن يأتي أهله وليس له شهوة ؟ فقال إي والله يحبس الولدان لم يرد الولد يقول هذه امرأة شابة لم لا يؤجر ؟ وهذا صحيح فإن أبا ذر روى أن رسول الله ﷺ قال

أحمد قال فإن لم يفعل فأرجو أن لا يكون به بأس ولأن الوضوء يزيده نظافة ونشاطاً فاستحب وان اغتسل بين كل وطين فهو أفضل فإن أبا رافع روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم طاف على نسائه جميعاً فاغتسل عند كل امرأة منهن غسلًا ففقت يا رسول الله لوجعته غسلًا واحداً قال هذا أزكى وأطيب وأطهر رواه الإمام أحمد في المسند وروى هذه الأحاديث التي في آداب الجماع كلها أبو حفص العكبري وروى ابن بطة بأسناده عن أبي سعيد قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا جامع الرجل من أول الليل ثم أراد أن يعود توطأ ووضوء للصلاة »

(فصل) وليس للرجل أن يجمع بين امرأته في مسكن واحد إلا برضاها صغيراً كان المسكن أو كبيراً لأن عليهما ضرراً لما بينهما من العداوة والغيرة فاجتماعهما يثير الخصومة والمقابلة وتسمع كل واحدة منهما حسه إذا أتى الأخرى أو ترى ذلك فإن رضيا بذلك جاز لأن الحق لهما فلها المسامحة بتركه وكذلك إن رضيا بنومه بينهما في لحاف واحد فإن رضيا بان يجمع إحداها بحيث تراه الأخرى لم يجز لأن فيه دناءة وسخفاً وسقوط مروءة فلم يجز برضاها وإن أسكنها في دار واحدة كل واحدة منهما في بيت جاز إذا كان ذلك سكن مثلها

(مسئلة) (ولا يجمع أحداها بحيث تراه الأخرى أو غيرها لأن فيه دناءة ولا يحدثها بما جرى بينهما ولا يحدث غيرها لما روي من حديث الحسن

«باضعتك أهلك صدقة» قلت يا رسول الله أنصيب شهوتنا ونؤجر؟ قال - أرايت لو وضعه في غير حقه كان عليه وزر؟ قال قلت بلى قال - أفحتسبون بالسينة ولا تحتسبون بالخير، ولانه وسيلة إلى الولد وإعفاف نفسه وامراته وغض بصره وسكون نفسه أو الى بعض ذلك

(فصل) وليس عليه انذوبة بين نسائه في النفقة والكسوة اذ قام بالواجب لكل واحدة منهن قال أحمد في الرجل له امرأتان: له أن يفضل إحداهما على الأخرى في النفقة والشهوات والكسوة إذا كانت الأخرى في كفاية ويشترى لهذه أرفع من ثوب هذه وتكون تلك في كفاية وهذا لان التسوية في هذا كله تشق فلو وجب لم يمكنه القيام به إلا بخرج فسقط وجوبه كالتسوية في الوطاء

(مسئلة) قال (وعماد القسم الليل)

لا خلاف في هذا وذلك لان الليل للسكن والاياء يأوي فيه الانسان إلى منزله ويسكن إلى أهله وينام في فراشه مع زوجته عادة ، والنهار للعاش والخروج والتكسب والاشتغال . قال الله تعالى (وجعل الليل سكنا) وقال تعالى (وجعلنا الليل لباسا وجعلنا النهار معاشا) وقال (ومن رحمته جعل لكم الليل والنهار لتسكنوا فيه ولتبتغوا من فضله) فعلى هذا يقسم الرجل بين نسائه ليلة وليلة ويكون في النهار في معاشه وقضاء حقوق الناس وما شاء مما يباح له إلا أن يكون ممن معاشه بالليل كالحراس ومن أشبههم فانه يقسم بين نسائه بالنهار ويكون الليل في حقه كالنهار في حق غيره

(فصل) روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «تعجبون من سعد لأننا أغير منه والله أغير مني» وعن علي رضي الله عنه قال بلغني ان نساءكم يزاحمن العلوج في الاسواق أما تغارون انه لا خير فيمن لا يغار وقال محمد بن علي بن الحسين كان ابراهيم عليه السلام غيوراً وما من امرئ لا يغار إلا منكوس القلب .

(مسئلة) (وله منها من الخروج من منزلها الى ما لها منه بد سواء ارادت زيارة والديها او عيادتهما او حضور جنازة احدهما)

قال أحمد في امرأة لها زوج وام مريضة طاعة زوجها اوجب عليها من امها الا ان يأذن لها وقد روى ابن بطة في احكام النساء عن انس ان رجلاً سافر ومنع زوجته الخروج ففرض ابوها فاستأذنت رسول الله صلى الله عليه وسلم في عيادة ابوها فقال لها رسول الله عليه وسلم «انقي الله لا تخالفي زوجك» فأوحى الله الى النبي صلى الله عليه وسلم «اني قد غفرت لها بطاعة زوجها ولان طاعة الزوج واجبة والعيادة غير واجبة فلا يجوز ترك واجب لما ليس بواجب ولا يجوز لها الخروج الا باذنه

(مسئلة) (فان مرض بعض محارمها او مات استحب له ان يأذن لها في الخروج اليه)

لما في ذلك من صلة الرحم وفي منعها منه قطيعة الرحم وحمل لزوجته على مخالفتها وقد امر الله تعالى

(فصل) والنهار يدخل في القسم تبعاً لليل بدليل ما روي أن سودة وهبت يومها عائشة تنفق عليه وقات عائشة قبض رسول الله ﷺ في بيتي وفي يومي وإنما قبض النبي ﷺ نهاراً ويتبع اليوم الليلة الماضية لأن النهار تابع لليل ولهذا يكون أول الشهر الليل ولو نذر أمة كف شهر دخل معه كف قبل غروب شمس الشهر الذي قبله وبخرج منه بعد غروب شمس آخر يوم منه فيبدأ بالليل وإن أحب أن يجعل النهار مضافاً إلى الليل الذي يتبعه جاز لأن ذلك لا يتفاوت

(فصل) فإن خرج من عند بعض نسائه في زمانها فإن كان ذلك في النهار أو أول الليل أو آخره الذي جرت العادة بالانتشار فيه والخروج إلى الصلاة جاز فإن المسلمين يخرجون للصلاة العشاء والصلاة الفجر قبل طلوعه، وأما النهار فهو المعاش والانتشار، وإن خرج في غير ذلك ولم يلبث أن عاد لم يقض لها لأنه لا فائدة في قضاء ذلك، وإن أقام قضاءها سواء كانت إقامة لمذمر من شغل أو حبس أو لغير عذر لأن حقها قد فات بقيته عنها، وإن أحب أن يجعل قضاءه لذلك غيبته عن الأخرى مثل ما غاب عن هذه جاز لأن التسوية تحصل بذلك ولأنه إذا جاز له ترك الليلة بكاملها في حق كل واحدة منها فيمضي أولى ويستحب أن يقضي لها في مثل ذلك الوقت لأنه أبلغ في المائلة والقضاء تعتبر المائلة فيه كقضاء العبادات والحقوق وإن قضاءه في غيره من الليل مثل أن فاتها في أول الليل فقضاء في آخره أو من آخره فقضاء في أوله ففيه وجهان (أحدهما) يجوز

بالمعاشرة بالمعروف وليس هذا من المعاشرة بالمعروف فإن كانت زوجته ذمية فله منعها من الخروج إلى الكنيسة ولأن ذلك ليس بطاعة ولا نفع فإن كانت مسلمة فقال القاضي له منعها من الخروج إلى المساجد وهو مذهب الشافعي وظاهر الحديث منعه من منعها وهو قوله عليه الصلاة والسلام «لا تمنعوا إماء الله مساجد الله» وروي أن ابن الزبير تزوج عاتكة بنت زيد بن عمرو بن نفيل فكانت تخرج إلى المساجد وكان غيوراً فيقول لها لو صليت في بيتك فتقول لا أزال أخرج أو تمنعني فكره منعها لهذا وقال أحمد في الرجل تكون له المرأة والامة النصرانية يشتري لها زناً قال لا بل تخرج هي تشتري لنفسها فقيل له جاريته تعمل الزنا نير؟ قال لا

(فصل) وليس على المرأة خدمة زوجها في العجن والخبز والطبخ وأشباهه نص عليه أحمد وقال أبو بكر بن أبي شيبة وأبو إسحاق الجوزجاني عليها ذلك واحتج بقصة علي وفاطمة فإن النبي صلى الله عليه وسلم قضى على ابنته فاطمة بخدمة البيت وعلى علي ما كان خارجاً من البيت من عمل رواه الجوزجاني من طرق وقال الجوزجاني وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم «لو كنت آمراً أحداً أن يسجد لأحد لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها» ولو أن رجلاً أمر امرأته أن تفعل أن تفعل «ورواه بإسناده قال فهذا طاعته فيما لا منفعة فيه أو من جبل أحمر إلى جبل أسود كان عليها أن تفعل» ورواه بإسناده قال فهذا طاعته فيما لا منفعة فيه

لأنه قد قضى قدر ما فاتته من الليل والآ خر لا يجوز لهدم المائلة اذا ثبت هذا فإنه لا يمكن قضاؤه كله من ليلة الاخرى لئلا يفوت حق الاخرى فتحتاج إلى قضاء واسكن إما أن ينفرد بنفسه في ليلة فيقضي منها وإما أن يقسم ليلة بينهن وبفضل هذه بقدر ما فات من حتمها وإما أن يترك من ليلة كل واحدة مثل ما فات من ليلة هذه وإما أن يقسم المتروك بينهما مثل أن يترك من ليلة إحداها ساعتين فيقضي لها من ليلة الاخرى ساعة واحدة فيصير الفائت على كل واحدة منها ساعة

(فصل) وأما الدخول على ضرته في زمنها فان كان ليال لم يجز إلا لضرورة مثل أن يكون منزولا بها فيريد أن يحضرها أو توصي اليه أو مالا بد منه فان فعل ذلك ولم يلبث أن خرج لم يقض وان أقام وبرئت المرأة المريضة قضى الاخرى من ليلتها بقدر ما أقام عندها وإن خرج للحاجة غير ضرورة أتم والحكم في القضاء كما لو دخل لضرورة لأنه لا فائدة في قضاء اليسير وإن دخل عليها فجاءها في زمن يسير ففيه وجهان

[أحدهما] لا يلزمه قضاؤه لان الوطء لا يستحق في القسم والزمن اليسير لا يقضى (والثاني) يلزمه أن يقضيه وهو أن يدخل على المظلومة في ليلة الجماعة فيجاءها ليعدل بينهما ولان اليسير مع الجماعة يحصل به السكن فأشبهه الكثير وأما الدخول في النهار إلى المرأة في يوم غيرها فيجوز للحاجة من دفع النفقة أو عيادة أو سؤال عن أمر يحتاج إلى معرفته أو زيارتها بعد عهده بها

فكيف بمؤنة معاشه ؟ وقد كان النبي صلى الله عليه وسلم يأمر نساءه بخدمته فقال « يا عائشة اسقين يا عائشة أطعمينا يا عائشة هلمي الشفرة واشحنينا بحجر » وروي أن فاطمة أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فشكت اليه ما تلقى من الرحى وسأله خادمها يكفيها ذلك

ولنا أن المعقود عليه من جهتها الاستمتاع فلا يلزمها غيره كسقي دوابه وحصاد زرعها فأما قسم النبي صلى الله عليه وسلم بين علي وفاطمة فعلى ما يليق بهما من الاخلاق المرضية ويجرى العادة لا على سبيل الايجاب كما قد روي عن أسماء بنت أبي بكر أنها كانت تقوم بغرس الزبير وتلتقط له النوى وتحمله على رأسها ولم يكن ذلك واجبا عليها وكذلك لا يجب على الزوج القيام بمصالح خارج البيت ولا الزيادة على ما يجب لها من النفقة والكسوة ولكن الاولى فعل ما جرت به العادة بقيامها به لانه العادة ولا تصالح الحال إلا به ولا تنتظم المعيشة بدونه .

﴿مسألة﴾ (ولا تملك المرأة اجارة نفسها للرضاع والخدمة بغير إذن زوجها)

أما إذا فلت ذلك بأذنه جازولزم العقد لان الحق لهما لا يخرج عنها وإن كان بغير إذنه لم يصح لما يتضمن من تفويت حق زوجها وهو أحد الزوجين لاصحاب الشافعي ويجوز في الآ خر لانه تناول محلا غير محل النكاح لكن للزوج فسخه لانه يفوت به الاستمتاع ويختل ولنا أنه عقد يفوت به حق من ينسب له الحق بعقد سابق فلم يصح كاجارة المستأجر فأما ان أجرت

ونحو ذلك لما روت عائشة قالت كان رسول الله ﷺ يدخل علي في يوم غيري فينال مني كل شيء إلا الجماع وإذا دخل اليها لم يجامعها ولم يطل عندها لأن السكن يحصل بذلك وهي لا تستحقه وفي الاستمتاع منها بما دون الفرج وجهان

(أحدهما) يجوز لحديث عائشة (والثاني) لا يجوز لأنه يحصل لها به السكن فأشبهه الجماع فإن أطل المقام عندها قضاء وإن جامعها في الزمن اليسير ففيه وجهان على ما ذكرنا ومنه الشافعي على نحو ما ذكرنا إلا أنهم قالوا لا يقضي إذا جامع في النهار ولنا أنه زمن يقضيه إذا طال المقام فيقضيه إذا جامع فيه كالليل

(فصل) والاولى أن يكون لكل واحدة منهن مسكن يأتيها فيه لأن رسول الله ﷺ كان يقسم هكذا ولأنه أصوب لمن وأستر حتى لا يخرجن من بيوتهن وإن اتخذ لنفسه منزلاً يستدعي اليه كل واحدة منهن في ليلتها ويومها كان له ذلك لأن للرجل ثقل زوجته حيث شاء ومن امتنع منهن من إجابته سقط حقها من القسم لشوزها وإن اختار أن يقصد بهن في منازلهن ويستدعي البعض كان له ذلك لأن له أن يسكن كل واحدة منهن حيث شاء وإن حبس الزوج فأحب القسم بين نسائه بأن يستدعي كل واحدة في ليلتها فليبين طاعته إن كان ذلك سكتي مثلهن وإن لم يكن لم يلزمهن إجابته لأن عليهن في ذلك ضرراً وإن أطعنه لم يكن له أن يترك العدل بينهما ولا استدعاء بهن دون بعض كافي غير الحبس .

المرأة نفسها للرضاع ثم تزوجت صح العقد ولم يملك الزوج فسخ الاجارة ولا منعها من الرضاع حتى تنقضي المدة لأن منافعتها ملكت بالعقد السابق على نكاحه فأشبه ما لو اشترى أمة مستأجرة وداراً مشغولة فإن نام الصبي واشتغل بغيرها فللزوج الاستمتاع وليس لولي الصبي منعها وبهذا قال الشافعي وقال مالك ليس له وطؤها إلا برضى الولي لأن ذلك ينقص اللبن

ولنا أن وطء الزوج مستحق بالعقد فلا يسقط بأمر مشكوك فيه كما لو أذن فيه الولي ولأنه يجوز له الوطء مع اذن الولي فجاز مع عدمه لأنه ليس للولي الاذن فيما يضر بالصبي ويسقط حقوقه

﴿مسئلة﴾ (وله أن يمنعها من رضاع ولدها الا أن يضطر اليها ويخشى عليه)

وجملته أن للزوج منع امرأته من رضاع ولدها من غيره ومن رضاع ولد غيرها الا أن يضطر اليها لأن عقد النكاح يقتضي تمليك الزوج الاستمتاع في كل الزمان من كل الجهات سوى أوقات الصلوات والرضاع يفوت عليه الاستمتاع في بعض الاوقات فكان له المنع كالتزوج من منزله فإن اضطر الولد اليها بأن لا يوجد مرضعة سواها ولا يقبل الولد الارتضاع من غيرها وجب التمكن من إرضاعه لأنها حال ضرورة وحفظ لنفس ولدها فقدم على حق الزوج كتقديم المضطر على المالك إذا لم يكن بالمالك مثل ضرورته .

﴿مسئلة﴾ قال (ولو وطى زوجته ولم يطأ الاخرى فليس بعاص)

لأنه خلافاً بين أهل العلم في أنه لا تجب التسوية بين النساء في الجماع وهو مذهب مالك والشافعي وذلك لأن الجماع طريقه الشهوة والميل ولا سبيل إلى التسوية بينهما في ذلك فإن قلبه قد يميل إلى إحداها دون الاخرى قال الله تعالى (ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم) قال عبيدة السلماني في الحب والجماع وإن أمكنت التسوية بينهما في الجماع كان أحسن وأولى فانه أبلغ في العدل وقد كان النبي ﷺ يقسم بينهما فيعدل ثم يقول «اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تلمني فيما لا أملك» وروى أنه كان يسوي بينهما حتى في القبل ولا تجب التسوية بينهما في الاستمتاع بما دون الفرج من القبل والامس ونحوها لانه إذا لم تجب التسوية في الجماع ففي دواعيه أولى

﴿مسئلة﴾ قال (ويقسم لزوجته الامة ليلة وللحررة ليلتين وإن كانت كتابية)

وبهذا قال علي بن أبي طالب وسعيد بن المسيب ومسروق والشافعي واسحاق وأبو عبيد، وذكر أبو عبيد أنه مذهب الثوري والاوزاعي وأهل الرأي، وقال مالك في إحدى الروايتين عنه يسوي بين الحررة والامة في القسم لأنهما سواء في حقوق النكاح من النفقة والسكنى وقسم الابتداء كذلك ههنا ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه أنه كان يقول: إذا تزوج الحررة على الامة قسم للامة ليلة

(فصل) فإن أرادت رضاع ولدها منه ففيه وجهان (أحدهما) أن له منعها من رضاعه ولفظ شيخنا في هذا الكتاب يقتضيه بعموم لفظه وهو قول الشافعي ولفظ الحرق يقتضيه أيضاً لانه يخل باستمتاعه منها فأشبه ما لو كان الولد من غيره وهذا ظاهر كلام القاضي (والثاني) ليس له منعها ويحتمله كلام الحرق فانه قال فإن أرادت رضاع ولدها بأجرة مثلها فهي أحق به من غيرها سواء كانت في جبال الزوج أو مطلقة وهكذا ذكره شيخنا في كتاب نفقة الاقارب في الكتاب المشروح لقول الله تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين) وهو خبر يراد به الأمر وهو عام في كل واحدة ولا يصح من أصحاب الشافعي حمله على المطلقات لانه جعل لهن رزقهن وكسوتهن وهم لا يجوزون جعل ذلك أجراً لرضاع ولا غيره وقولنا في الوجه الاول انه يخل باستمتاعه قلنا لا يفاء حق عليه وليس ذلك ممتعاً كما أن قضاء دينه بدفع ماله فيه واجب سيما إذا تعلق به حق الولد في كونه مع أمه وحق الام في الجمع بينها وبين ولدها وهذا ظاهر كلام ابن أبي موسى

(فصل) في القسم الاول قال رضي الله عنه (وعلى الرجل أن يساوي بين نسائه في القسم الاول)

لأنه خلافاً بين أهل العلم في وجوب التسوية بين الزوجات في القسم قال الله تعالى (وعاشروهن بالمعروف) وليس مع الميل معروف وقال سبحانه (فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة) وروى أبو هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «من كانت له امرأتان فمال إلى أحدهما جاء يوم القيامة

والحررة ليلتين . رواه الدارقطني واحتج به أحمد ، ولأن الحررة يجب تسليمها ليلاً ونهاراً فكان حظها أكثر في الإيواء وبخالف النفقة والسكنى فإنه مقدر بالحاجة وحاجتها إلى ذلك كحاجة الحررة ، وأما قسم الابتداء فأنما شرع ليزول الاحتشام من كل واحد منهما من صاحبه ولا يختلفان في ذلك وفي مسئلتنا يقسم لها ليتساوى حظهما

(فصل) والمسئلة والكتايبية سواء في القسم فلو كان له امرأتان أمة مسئلة وحررة كتايبية قسم للامة ليلة وللحررة ليلتين ، وإن كانتا جميعاً حرتين فليلة وليلة ، قال ابن المنذر أجمع كل من نحظ عنه من أهل العلم على أن القسم بين المسئلة والذمية سواء ، كذلك قال سعيد بن المسيب والحسن والشعبي والنخعي والزهرري والحكم وحماة ومالك والثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي وذلك لأن القسم من حقوق الزوجية فاستوت فيه المسئلة والكتايبية كالنفقة والسكنى ويفارق الامة لأن الامة لا يتم تسليمها ولا يحصل لها الإيواء التام بخلاف الكتايبية

(فصل) فإن اعتقت الامة في أثناء مدتها أضاف إلى ليلاتها ليلة أخرى لتساوي الحررة وإن كان بعد انقضاء مدتها استؤنف القسم متساويًا ولم يقض لها ماضى لأن الحرية حصلت بعد استيفاء حقها وإن عتقت وقد قسم للحررة ليلة لم يردّها على ذلك لأنهما تساويان فيسوي بينهما

(فصل) والحق في القسم الامة دون سيدها فلها أن تهب ليلتها لزوجها ولبعض ضمائرهما كالحررة

وشقه مائل « وعن عائشة قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم بيننا فيعدل ثم يقول « اللهم هذا نسبي فيما أملك فلا تلغني فيما لا أملك » رواها أبو داود

﴿مسئلة﴾ (وعمد القسم الليل إلا لمن معيشته بالليل كالخارس)

ولا خلاف في هذا وذلك لأن الليل للسكن والإيواء يأوي فيه الإنسان إلى منزله ويسكن إلى أهله وينام في فراشه مع زوجته عادة والنهار للعاش والخروج والكسب والاشتغال قال الله تعالى (وجعل الليل سكناً) وقال سبحانه (وجعلنا الليل لباساً وجعلنا النهار معاشاً) وقال تعالى (ومن رحمته جعل لكم الليل والنهار لتسكنوا فيه ولتبتغوا من فضله)

فعلى هذا يقسم الرجل بين نسائه ليلة ليلة ويكون في النهار في معاشه فيما شاء مما يباح له إلا أن يكون ممن معاشه بالليل كالخارس ومن أشبهه فإنه يقسم بين نسائه بالنهار ويكون الليل في حقه كالنهار في حق غيره

(فصل) والنهار يدخل في القسم تبعاً لليل بدليل ما روي أن سودة وهبت يومها لعائشة متفق عليه وقالت عائشة قبض رسول الله ﷺ في بيتي في يومي وأنا قبض صلى الله عليه وسلم هاراً ويتبع اليوم الليلة الماضية لأن النهار تابع لليل ولهذا يكون أول الشهر الليل ولو نذر اعتكاف شهر دخل معتكفه قبل غروب شمس الشهر الذي قبله ويخرج منه بعد غروب شمس الشهر الذي قبله ويخرج منه من بعد

وليس لسيدها الاعتراض عليها ، ولا أن يهبه دونها لان الايواء والسكن حق لها دون سيدها فلعلت اسقاطه ، وذكر القاضي أن قياس قول أحمد أنه يستأذن سيد الامة في العزل عنها أن لا تجوز هبتها لحقها من القسم إلا باذنه ولا يصح هذا لان الوطء لا يتناول القسم فلم يكن للولي فيه حق ، ولان المطالبة بالفدية للامة دون سيدها وفسخ النكاح بالجلب والعنة لها دون سيدها فلا وجه لاثبات الحق له ههنا .

(فصل) ولا قسم على الرجل في ملك يمينه فن كل له نساء وإماء فله الدخول على الاماء كيف شاء والاستمتاع بهن ان شاء كالنساء ، وإن شاء أقل ، وإن شاء أكثر ، وإن شاء ساوي بين الاماء ، وإن شاء فضل ، وإن شاء استمتع من بعضهن دون بعض بدليل قول الله تعالى (فان خفتم أن لا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم) وقد كان لنبى ﷺ مارية القبطية وريحانة فلم يكن يقسم لهما ، ولان الامة لاحق لها في الاستمتاع ولذلك لا يثبت لها الخيار بكون السيد محبوبا أو عينا ولا تضرب لهامة الايلاء لكن إن احتاجت إلى النكاح فعليه اعفافها اما بوطنها أو تزويجها أو بيعها

(فصل) ويقسم بين نسائه ليلة ليلة فإن أحب الزيادة على ذلك لم يحز الا برضاهن ، وقال القاضي له أن يقسم ليلتين ليلتين وثلاثا ثلاثا ولا تجوز الزيادة على ذلك إلا برضاهن ، والاولى مع هذا ليلة وليلة لانه أقرب لهدن به وتجوز الثلاث لانها في حد القلة فهي كالليلة وهذا مذهب الشافعي

غروب شمس آخر يوم منه فيبدأ بالليل وان أحب أن يجعل النهار مضافا الى الليل الذي يعقبه جاز لان ذلك لا يتفاوت **مسئلة** (وليس له البداء باحداهن ولا السفر إلا بقرعة)

مضى كان عنده نسوة لم يحز له أن يبتدىء بواحدة منهن إلا بقرعة لان البداء بها تفضيل لها والتسوية واجبة ولانهم متساويات في الحق ولا يمكن الجمع بينهما فوجب المصير الى القرعة لان النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا أراد سفرا أقرع بين نسائه فمن خرجت لها القرعة خرج بها معه متفق عليه فالقرعة في السفر منصوص عليها وابتداء القسم مقيس عليه

مسئلة (إذا بات عندها بقرعة أو غيرها لزمه المبيت عند الثانية)

لتعين حقها فان كانتا اثنتين كفاه قرعة واحدة وبصير في الليلة الثانية الى الثانية بغير قرعة لان حقها متعين فان كن ثلاثا أقرع في الليلة الثانية للبداء باحدى الباقيتين فان كن أربعاً أقرع في الليلة الثالثة وبصير في الليلة الرابعة الى الرابعة بغير قرعة ولو أقرع في الليلة الاولى فجعل سهما للاولى وسهما للثانية وسهما للثالثة وسهما للرابعة ثم أخرجها عليهن مرة واحدة جاز وكانت لكل واحدة ما خرج لها

مسئلة (وليس عليه التسوية بينهما في الوطء بل يستحب)

ولا نعم خلافا بين أهل العلم في أنه لا تجب التسوية بين النساء في الجماع وهو مذهب الشافعي وذلك لان الجماع طريقه الشهوة والميل ولا سبيل الى التسوية بينهما في ذلك فان قلبه قد يميل إلى

ولنا أن النبي ﷺ إنما قسم ليلة وليلة ولان التسوية واجبة وإنما جوزت البداية بواحدة لتعذر الجمع فاذا بات عند واحدة ليلة تعينت الليلة الثانية حقاً للآخرى فلم يجز جعلها الاولى بغير رضاها ولانه تأخير الحق بغير رضاها فلم يجز بغير رضاها كالزيادة على الثلاث ، ولأنه اذا كان له أربع نسوة فجعل لكل واحدة ثلاثاً حصل تأخير الاخرى في قسم ليلال وذلك كثير فلم يجز كما لو كان له امرأتان فأراد أن يجعل لكل واحدة تسماً ، ولان لتأخير آفات فلا يجوز مع امكان التعجيل بغير رضا المستحق كتأخير الدين الحال والتعديد باثلاث تحكم لا يسمع من غير دليل وكونه في حد القلة لا يوجب جواز تأخير الحق كالدين الحال وسائر الحقوق

(فصل) فان قسم لاحداهما ثم طاق الاخرى قبل قسمها أتم لانه فوت حقها الواجب لها فان عادت اليه برجمة أو نكاح قضي لها لانه قدر على إيفاء حقها فله ان يسر بالدين فان قسم لاحداهما ثم جاء يقسم لثانية فأغلت الباب دونه أو منعه من الاستمتاع بها أو قات لا تدخل علي أو لا تبث عندي أو ادعت الطلاق سقط حقها من القسم . فان عادت بعد ذلك إلى المطاوعة استأنف القسم بينهما ولم يقض الناشز لانها أسقطت حق نفسها ، وان كان له أربع نسوة فأقام عند ثلاث منهن ثلاثين ليلة لزمه أن يقيم عند الرابعة عشر أو تساوين فان نشزت إحداهن عليه وظلم واحدة فلم يقسم لها وأقام عند الاثنين ثلاثين ليلة ثم أطاعته الناشز وأراد اقضاء المظلومة فانه يقسم لها ثلاثاً وثلاثين

إحداها دون الاخرى قال الله تعالى (وان تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم) قال عبيدة السلماني في الحب والجماع وإن أمكنت التسوية بينهما في الجماع كان أحسن وأولى فانه أبلغ في العدل وقد كان النبي صلى الله عليه وسلم يقسم بينهما فيعدل ثم يقول « اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تلمني فيما لا أملك » وروي أنه كان يسوي بينهما حتى في القبلة ولا تجب التسوية بينهما في الاستمتاع بما دون الفرج من القبلة واللمس ونحوها لانه اذا لم تجب التسوية في الجماع ففي دواعيه أولى

(فصل) وليس عليه التسوية بين نسائه في النفقة والكسوة اذا قام بالواجب لكل واحدة منهن قال أحمد في الرجل له امرأتان له ان يفضل احداها على الاخرى في النفقة والشهوات والسكنى اذا كانت الاخرى في كفاية ويشترى لهذه ارفع من ثوب هذه وتكون تلك في كفاية وهذا لان التسوية في هذا كله تشق فلو وجبت لم يمكنه القيام بها الا بخرج فسقط وجوبها كالتسوية في الوطء

﴿ مسألة ﴾ (ويقسم لزوجته الامة ليلة وللحرة ليلتين وان كانت كتابية)

وبهذا قال علي بن ابي طالب وسعيد بن المسيب وسروق والشافعي وأسحاق وابو عبيد وذكرا ابو عبيد انه مذهب الثوري والاوزاعي واهل الرأي وقال مالك في احدي الروايتين عنه يسوي بين الحرة والامة في القسم لانهما سواء في حقوق النكاح من النفقة والسكنى وقسم الابتداء فكذلك هذا ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه انه كان يقول إذا زوج الحرة على الامة قسم الامة ليلة وللحرة

ليلة خمسة أدوار فيكمل المظلومة خمس عشرة ليلة ويحصل للناسخ خمس ثم يستأنف القسم بين الجميع فان كان له ثلاث نسوة فقسم بين اثنتين ثلاثين ليلة وعظم الثمانية ثم تزوج جديدة ثم أراد أن يقضي المظلومة فانه يخص الجديدة بسبع إن كانت بكرًا وثلاث إن كانت ثيبًا لحق العقد ثم يقسم بينهما وبين المظلومة خمسة أدوار على ما قدمنا للمظلومة من كل دور ثلاثا وواحدة للجديدة

(فصل) فان كان امرأتاه في بلدين فعليه العدل بينهما لانه اختار المبادأة بينهما فلا يسقط حقها عنه بذلك فاما إن يعضي إلى الغائبة في أيامها ، واما أن يقدمها اليه ويجمع بينهما في بلد واحد فان امتنعت من القدوم مع الامكان سقط حقها للشوزها ، وان أحب القسم بينهما في بلديهما لم يمكن أن يقسم ليلة وليلة فيجعل المدة بحسب ما يمكن كشهر وشهر وأقل أو أكثر على حسب ما يمكنه وعلي حسب تقارب البلدين وتباعدهما

(فصل) ويجوز للمرأة أن تهب حقها من القسم لزوجها أو لبعض ضرائرها أو لمن جميعا ، ولا يجوز إلا برضى الزوج لان حقه في الاستمتاع بها لا يسقط إلا برضاه فاذا رضيت هي والزوج جاز لان الحق في ذلك لها لا يخرج عنها فان أثبت الموهوبة قبل الهبة لم يكن لها ذلك لان حق الزوج في الاستمتاع بها ثابت في كل وقت انما منعه الزاحمة بحق صاحبها فاذا زالت الزاحمة بهبتها ثبت حقه في الاستمتاع بها ، وإن كرهت كما لو كانت منفردة . وقد ثبت أن سودة وهبت يومها لعائشة

ليلتين رواء الدار قطني واحتج به أحمد ولان الحرية يجب تسليمها ليلا ونهاراً فكان حظها الايواء ويخالف النفقة والسكنى فانه مقدر بالحاجة وحاجتها كحاجة الحرية وأما قسم الابتداء فانما شرع ليزول الاحتشام من كل واحد منهما من صاحبه ولا يختلفان في ذلك وفي مسئلتنا يقسم لها ليتساوى حظها (فصل) والمساومة والكتابية سواء في القسم فلو كان له امرأتان أمة مسلمة وحررة كتابية قسم للامة ليلة وللحررة ليلتين وإن كانتا جميعاً حرتين فليلة وليلة قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن القسم بين المسلمة والذمية سواء كذلك قال سعيد بن المسيب والحسن والشعبي والزهري والحكم وحماد ومالك واثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي وذلك لان القسم من حقوق الزوجية فاستوت فيه المسلمة والكتابية كالنفقة والسكنى ويفارق الامة لان الامة لا يتم تسليمها ولا يحتمل لها الايواء التام بخلاف الكتابية

(فصل) فان أعتقت الامة في ابتداء مدتها أضاف الى ليلتها ليلة أخرى لتساوي الحرية وان كان بعد انقضاء مدتها استأنف القسم متساويا ولم يقض لها ما مضى لان الحرية حصاة لها بعد استيفاء حقها وإن عتقت قسم للحررة ليلة لم يزد عليها على ذلك لانها تساوي فسوي بينهما

(فصل) والحق في القسم للامة دون سيدها فلها أن تهب ليلتها لزوجها ولبعض ضرائرها كالحرة وليس لسيدها الاعتراض عليها ولا أن يهبه دونها لان الايواء والسكنى حق لها دون سيدها فلا يملك

فكان رسول الله ﷺ يتسم لعائشة يومها ويوم سودة متفق عليه ، ويجوز ذلك في جميع الزمان وفي بعضه فان سودة وهبت يومها في جميع زمانها ، وروى ابن ماجه عن عائشة أن رسول الله ﷺ وجد على صفة بنت حبي في شيء فقالت صفة لعائشة هل لك أن رضي عني رسول الله ﷺ ولك يومي ؟ فأخذت خماراً مصبوغاً بزعفران فرشته ليفوح ريحه ثم اختمرت به وقعدت إلى جنب النبي ﷺ فقال رسول الله ﷺ « اليك يا عائشة أنه ليس يومك » قالت ذلك فضل الله يؤتيه من يشاء فأخبرته بالامر ف رضي عنها . فاذا ثبت هذا فان وهبت ليلتها لجميع ضرائرها صار القسم بينهما كما لو طلق الواهبة ، وان وهبتها للزوج فله جعلها ان شاء لأنه لا ضرر على الباقيات في ذلك ان شاء جعله للجميع وان شاء خص بها واحدة منهن ، وان شاء جعل لبعضهن فيها أكثر من بعض وان وهبتها لواحدة منهن كفعل سودة جاز ، ثم إن كانت تلك الليلة تلي ليلة الموهوبة والى بينها ، وان كانت لا تليها لم يجز له الموالاة بينها إلا برضاء الباقيات ، ويجعلها لها في الوقت الذي كان الواهبة لان الموهوبة قامت مقام الواهبة في ليلتها فلم يجز تغييرها عن موضعها كما لو كانت باقية الواهبة ، لان في ذلك تأخير حق غيرها وتغيير أليتها بغير رضاها فلم يجز . وكذلك الحكم إذا وهبتها للزوج فأثر بها امرأة منهن بعينها . وفيه وجه آخر أنه يجوز الموالاة بين اليتيمين لعدم الفائدة في التفريق . والاول أصح وقد ذكرنا فيه فائدة فلا يجوز اطراحها . ومتى رجعت الواهبة في ليلتها فلها ذلك في المستقبل لانها هبة

اسقاطه ، وذكر القاضي ان قياس قول احمد انه يستأذن سيد الامة في العزل عنها ان لا يجوز هبتها لحقها من القسم الا باذنه ، وهذا لا يصح لان الوطء لا يتناول القسم فلم يكن المولى فيه حق ولان المطالبة بالقيسة للامة دون سيدها وفسخ النكاح بالجلب والعنة لها دون سيدها فلا وجه لاثبات الحق له ههنا (فصل) ويقسم المريض والمجبوب والعين والخصي وبذلك قال الثوري والشافعي وأصحاب الرأي لان القسم للانس وذلك حاصل ممن لا توطأ وقد روت عائشة ان رسول الله ﷺ لما كان في مرضه جعل يدور على نسائه ويقول « إن أنا غدا أين أنا غدا » رواه البخاري ، فان شق عليه ذلك استأذن في الكون عند إحداهن كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم ، قالت عائشة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث الى النساء فاجتمعن قال « اني لا أستطيع أن أدور بينكن فان رأيتم أن تأذن لي فأكون عند عائشة فعاتن » فأذن له رواه ابو داود . فان لم يأذن له أقام عند إحداهن بالقرعة أو اعزلهن جميعاً إن أحب ، فان كان الزوج مجنوناً لا يخاف منه طاف به الولي عليهن وإن كان يخاف منه فلا قسم عليه لانه لا يحصل منه أنس ولا فائدة فان لم يعدل الولي في القسم بينهما ثم أفاق المجنون فعليه أن يقضي للمظلومة لانه حق ثبت في ذمته فلزمه ايفاؤه حال الافاقة كالإل

(مسألة) (ويقسم للحائض والنفساء والمريضة والمعبية والمحرمة والصغيرة الممكن وطؤها وكلهن

« الجزء الثامن »

« ٢٠ »

« المغني والشرح الكبير »

لم تقبض وليس لها الرجوع فيما مضى لانه بمنزلة المقبوض ، ولو رجعت في بعض الليل كن على الزوج أن ينقل اليها فان لم يعلم حتى آتم الليلة لم يقض لها شيئا لان التفريط منها

(فصل) فان بذلت ليلتها بمال لم يصح لان حقها في كون الزوج عندها وليس ذلك بمال فلا يجوز مقابلة بمال فاذا أخذت عليه مالا لزمها رده وعليه أن يقضي لها لانها تركته بشرط العوض ولم يسلم لها ، وان كان عوضها غير المال مثل إرضاء زوجها أو غيره عنها جاز فان عاتشة أرضت رسول الله ﷺ عن صفية وأخذت يومها وأخبرت بذلك رسول الله ﷺ فلم ينكره

﴿مسئلة﴾ قال (واذا سافرت زوجته باذنه فلا نفقة لها ولا قسم وان كان هو أشخصها فهي على حقها من ذلك)

وجملة الأمر انها اذا سافرت في حاجتها باذن زوجها لتجارة لها أو زيارة أو حج تطوع أو عمرة لم يق لها حق في نفقة ولا قسم . هكذا ذكر الحرقى والقاضي ، وقال أبو الخطاب في ذلك وجهان ، وللشافعي فيه قولان (أحدهما) لا يسقط حقها لانها سافرت باذنه أشبه ما لو سافرت معه

ولنا أن القسم اللانس والنفقة لا يمكن من الاستمتاع وقد تعذر ذلك بسبب من جبتها فسقط كما لو تعذر ذلك قبل دخوله بها ، وفارق ما اذا سافرت معه لانه لم يتعذر ذلك ويحتمل أن يسقط

سواء في القسم) وبذلك قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم وكذلك التي ظاهر منها لان القصد الايواء والسكن والانس وهو حاصل لهن ، فأما المجنونة فان كانت لا يخاف منها فهي كالعاقلة ، وان خاف منها فلا قسم لها لانه لا يأمنها على نفسه ولا يحصل لها أنس ولا بها

﴿مسئلة﴾ (فان دخل في ليلتها الى غيرها لم يحز إلا الحاجة داعية فان لم يلبث لم يقض وإن لبث أو جامع لزمه أن يقضي لها ذلك من حق الأخرى)

وجملة ذلك انه اذا دخل في زمنها الى ضررتها فان كان ليلا لم يحز إلا لضرورة مثل أن يكون منزولا بها فيريد أن يحضرها أو توصي اليه أو مالا بد منه فان فعل ولم يلبث أن خرج لم يقض وإن أقام وبرأت المرأة المريضة قضى للأخرى من ليلتها بقدر ما أقام عندها ، وإن دخل لحاجة غير ضرورة أتم والحكم في القضاء كما لو دخل لضرورة لانه لا فائدة في قضاء اليسير ، وان دخل عليها فجامعها في الزمن اليسير ففيه وجهان (أحدهما) لا يلزمه قضاؤه لان الوطء لا يستحق في القسم والزمن اليسير لا يقضى (والثاني) يلزمه أن يقضيه وهو أن يدخل على المظلومة في ليلة الجماعة فيجامعها ليعدل بينهما وهذا هو الصحيح لان اليسير مع الجماع أشق على ضررتها وأغبط لها من الكثير من غير جماع فكان وجوب قضاؤه أولى ، فأما الدخول الى المرأة في يوم غيرها في النهار فيجوز للحاجة من دفع النفقة أو عيادة أو سؤال عن أمر يحتاج الى معرفته أو زيارتها بعد عهدها فيجوز لذلك ولما روت عائشة قالت كان

القسم وجهها واحدا لانه لو سافر عنها اسقط قسمها والنعذر من جهته فاذا تعذر من جهتها بسفرها كان أولى ويكون في النقطة الوجهان . وفي هذا تنبيه على سقوطها اذا سافرت بغير اذنه فانه اذا سقط حقها من ذلك لعدم التمكين بأمر ليس فيه نشوز ولا معصية فلأن يسقط بالنشوز والمعصية أولى ، وهذا لا خلاف فيه نعلمه . فأما ان أشخصها وهو أن يبعثها لحاجته أو يأمرها بالنقلة من بلدها لم يسقط حقها من نفقة ولا قسم لانها لم تفوت عليه التمكين ولا فات من جهتها وانما حصل بتفويته فلم يسقط حقها كما لو أنف المشتري المبيع لم يسقط حق البائع من تسليم ثمنه اليه ، فعلى هذا يقضي لها بحسب ما أقام عند ضررتها وان سافرت معه فهي على حقها منهما جميعا

﴿مسئلة﴾ قال (واذا أراد سفرأ فلا يخرج معه منهن الا بقرة فاذا قدم ابتداء القسم بينهما)

وجملته ان الزوج اذا أراد سفرأ فأحب حمل نسائه معه كان أو توهرن كاهن لم يحتج الى قرعة لان القرعة لتعيين المحصورة منهن بالسفر وههنا قد سوى ، وان اراد السفر ببعضهن لم يجز له أن يسافر بها الا بقرة وهذا قول أكثر أهل العلم ، وحكي عن مالك ان له ذلك من غير قرعة وليس بصحيح فان عائشة روت ان النبي ﷺ كان اذا أراد سفرأ أقرع بين نسائه وأيهن خرج سهمها خرج بها معه متفق عليه . ولان في المسافرة ببعضهن من غير قرعة تفضيلا لها وميلا اليها فلم يجز بغير قرعة كالبداية بها في القسم

رسول الله صلى الله عليه وسلم يدخل علي في يوم غيري فينال مني كل شيء إلا الجماع ، واذا دخل عليها لم يجامعها ولم يطل عندها لان السكن يحصل بذلك وهي لا تستحقة ، وفي الاستمتاع منها بما دون الفرج وجهان (أحدهما) يجوز لحديث عائشة (والثاني) لا يجوز لانه يحصل به السكن فأشبهه الجماع فان أطل المقام عندها قضاء وان جامعها في الزمن اليسير ففيه وجهان علي ما ذكرنا ومذهب الشافعي على نحو ما ذكرنا إلا انه لا يقضي اذا جامع في النهار . ولنا انه زمن يقضيه اذا طال المقام فيقضيه اذا جامع كالليل (فصل) فان خرج من عند بعض نسائه في زمانها فان كان في النهار أو أول الليل أو آخره التي جرت العادة بالانتشار فيه والخروج الى الصلاة جاز فان المسلمين يخرجون لصلاة العشاء ولصلاة الفجر قبل طلوعه ، وأما النهار فهو للمعاش والانتشار ، وإن خرج في غير ذلك ولم يلبث أن عاد لم يتقض لها لانه لا فائدة في قضاء ذلك وان أقام قضاء لها سواء كانت اقامته لعذر من شغل أو حبس أو غير عذر لان حقها قد فات بغيته عنها ، وان أحب أن يجعل قضاءه لذلك غيبته عن الاخرى مثل ما غاب عن هذه جاز لان التسوية تحصل بذلك ولانه اذا جاز له ترك الليلة بكماها في حق كل واحدة منهما فبعضها أولى ، ويستحب أن يقضي لها في مثل ذلك الوقت لانه أبلغ في المائلة والقضاء يعتبر فيه المائلة كقضاء العبادات والحقوق ، وان قضاء من غيره من الليل مثل أن فات في أول الليل فقضاء في

وان أحب المسافرة بأكثر من واحدة أقرع أيضا فقد روت عائشة أن النبي ﷺ كان إذا خرج أقرع بين نسائه فصارت القرعة لعائشة وحفصة رواه البخاري ، ومتى سافر بأكثر من واحدة سوى بينهن كإسوي بينهن في الحضر ولا يلزمه القضاء للحاضرات بعد قدومه ، وهذا معنى قول الحزقي فإذا قدم ابتداء القسم بينهن وهذا قول أكثر أهل العلم وحكي عن داود أنه يقضي لقول الله تعالى (فلاتميلوا كل الميل) وإنما أن عائشة لم تذكر قضاء في حديثها ، ولأن هذه التي سافر بها يلحقها من مشقة السفر بإزاء ما حصل لها من السكن ، ولا يحصل لها من السكن مثل ما يحصل في الحضر فلو قضى للحاضرات لكان قد مال على المسافرة كل الميل ، لكن إن سافر بإحداهن بغير قرعة أم وقضى للبواقي بعد سفره وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك لا يقضي لأن قسم الحضر ليس بمثل لقسم السفر فيتمذر القضاء .

ولنا أنه خص بعضهم بمدة على وجه تلحقه التهمة فيه فلزمه القضاء كما لو كان حاضراً . إذا ثبت هذا فينبغي أن لا يلزمه قضاء المدة وإنما يقضي منها ما أقام منها معها بمبيت ونحوه فأما زمان السير فلم يحصل لها منه إلا التعب والمشقة فلو جعل للحاضرة في مقابلة ذلك مبيتاً عندها واستمتاعاً بها لبال كل الميل .

(فصل) إذا خرجت القرعة لأحداهن لم يجب عليه السفر بها وله تركها والسفر وحده لأن القرعة

آخره أو بالعكس جاز في أحد الوجهين لأنه قد قضى بقدر ما فاته من الليل والآخر لا يجوز لعدم المائلة . إذا ثبت هذا فإنه لا يمكن قضاؤه كله من ليلة الأخرى لثلاث يقات حق الأخرى فيحتاج إلى قضاء ، ولكن إما أن ينفرد بنفسه في ليلة فيقضي منها وأما أن يقسم ليلة بينهن ويفضل هذه بقدر ما فاته من جهة وله أن يترك من ليلة كل واحدة مثل ما فاته من ليلة هذه ، وأما أن يقسم المتروك بينهما مثل أن يترك من ليلة أحدهما ساعتين فيقضي لها من ليلة الأخرى ساعة فيصير الفائت على كل واحدة منهما ساعة (فصل) والأولى أن يكون لكل واحدة من نسائه مسكن يأتيها فيه لأن رسول الله صلى الله عليه

وسلم كان يقسم هكذا ولأنه اصون لهن واستر حتى لا يخرجن من بيوتهن ، فإن اتخذ لنفسه منزلاً يدعو إليه كل واحدة منهن في ليلتها ويومها جاز ذلك لأن الرجل ينقل زوجته حيث شاء ومن امتنعت منهن من اجابته سقط حقها من القسم للشوزها ، وإن اختار أن يقصد بعضهن في منازلهن وليستدعي البعض كان له ذلك لأن له أن يسكن كل واحدة منهن حيث شاء ، وإن حبس الزوج فأحب القسم بين نسائه بأن يستدعي كل واحدة في ليلتها فإما يهن طاعته إن كان ذلك سكنى مثلهن وإن لم يكن لم يلزمهن اجابته لأن عليهن في ذلك ضرراً ، وإن أطعنه لم يكن له أن يترك العدل بينهن ولا استدعاء بعضهن دون بعض كما في غير الحبس

(فصل) ويقسم بين نسائه ليلة ليلة فإن أحب الزيادة على ذلك لم يجز إلا برضاهن ، وقال القاضي

لا توجب وإنما تعين من تستحق التقديم وإن أراد السفر بغيرها لم يجوز لأنها تعينت بالقرعة فلم يجوز العدول عنها إلى غيرها وإن وهبت حقها من ذلك أغيرها جاز إذا رضي الزوج لأن الحق لها فصحت هبتها له كما لو وهبت ليلتها في الحضر ولا يجوز بغير رضا الزوج لما ذكرنا في هبة الليلة في الحضر وإن وهبته للزوج أو للجميع جاز، وإن امتنعت من السفر معه سقط حقها إذا رضي الزوج وإن أبي فيه إكراهها على السفر معه لما ذكرنا، وإن رضي بذلك استأنف القرعة بين البواقي وإن رضي الزوجات كلهن بسفر واحدة معه من غير قرعة جاز لأن الحق لمن إلا أن لا يرضى الزوج ويريد غير من اتفقن عليها فيصير إلى القرعة ولا فرق في جميع ما ذكرنا بين السفر الطويل والقصير لعموم الخبر والمعنى وذكر القاضي احتمالاً ثانياً أنه يقضي للبواقي في السفر القصير لأنه في حكم الإقامة وهو وجه لأصحاب الشافعي ولنا أنه سافر بها بقرعة فلم يقض كالطويل ولو كان في حكم الإقامة لم تجز المسافرة بإحداهن دون الأخرى كما لا يجوز أفراد إحداهن بالقسم دون الأخرى، ومتى سافر بإحداهن بقرعة ثم بدله فأبعد السفر نحو أن يسافر إلى بيت المقدس ثم يبدو له فيمضي إلى مصر فله استصحابها معه لأنه سفر واحدة قد أفرغ له وإن أقام في بلدة مدة إحدى وعشرين صلاة فما دون لم يحسب عليها لأنه في حكم السفر تجري عليه أحكامه وإن زاد على ذلك قضى الجميع مما أقامه لأنه خرج عن حكم السفر وإن أزمع على المقام قضى ما أقامه وإن قل لأنه خرج عن حكم السفر ثم إذا خرج بعد ذلك إلى بلدة أو بلد أخرى لم يقض ما سافره لأنه في حكم السفر الواحد وقد أفرغ له

(فصل) إذا أراد الانتقال بنسائه إلى بلد آخر فأمكنه استصحابهن كلهن في سفره فعل ولم يكن

له أن يقسم ليلة ليلة وليتين ليلتين وثلاثاً ثلاثاً ولا تجوز الزيادة على ذلك إلا برضاهن، والأولى مع هذه ليلة وهذه ليلة لأنه أقرب لعهدهن به، ويجوز الثلاث لأنها في حد القلة فهي كالليلة وهذا مذهب الشافعي ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم إنما قسم ليلة ليلة ولأن التسوية واجبة وأما جوازنا البداية بواحدة لتعذر الجمع فإذا بات عند إحداهن ليلة بقيت الليلة الثانية حقاً للأخرى فلم يجوز جعلها للأولى بغير رضاها ولأنه تأخير لحقوق بعضهن فلم يجوز بغير رضاهن كإضافة على الثلاث ولأنه إذا كانت له أربع نسوة فجعل لكل واحدة ثلاثاً حصل تأخير الأخيرة في تسع ليال وذلك كثير فلم يجوز كما لو كان له امرأتان فأراد أن يجعل لكل واحدة تسماً ولأن للتأخير عليها ضرر فإن لم يفعل فلا يجوز مع إمكان التعجيل بغير رضا المستحق كتأخير الدين الحال، والتحديد بالثلاث تحكم لا يسمع من غير دليل وكونه في حد القلة لا يوجب جواز تأخير الحق كالديون الحالة وسائر الحقوق

(فصل) فإن كانت امرأتاه في بلدين فعليه العدل بينهما لأنه اختار المباحة بينهما فلا يستقط حقهما عنه بذلك فاما أن يمضي إلى الغائبة في أيامها وإما أن يقدمها إليه فيجتمع بينهما في بلد واحد فإن امتنعت من القدوم مع الامكان سقط حقها لنشوزها، وإن أحب القسم بينهما في بلديهما لم يمكن

له أفراد إحداهن به لأن هذا السفر لا يختص بواحدة بل يحتاج إلى نقل جميعهن فإن خص إحداهن قضى للباقيات كالحاضر فإن لم يمكنه صحة جميعهن أو شق عليه ذلك وبعت بين جميعها مع غيره ممن هو محرم لهن جاز ولا يقضي لأحد ولا يحتاج إلى قرعة لأنه سوى بينهما وإن أراد أفراد بعضهن السفر معه لم يجز إلا بقرعة فإذا وصل إلى البلد الذي انتقل إليه فأقامت معه فيه قضى للباقيات مدة كونها معه في البلد خاصة لأنه صار مقبلاً وانقطع حكم السفر عنه

(فصل) إذا كانت له امرأة تزوج أخرى وأراد السفر بهما جميعاً قسم للجديدة سبعاً إن كانت بكرًا وثلاثاً إن كانت ثيباً ثم يقسم بعد ذلك بينها وبين القديمة وإن أراد السفر بأحدهما أقرع بينهما فإن خرجت قرعة الجديدة سافر بها معه ودخل حق العقد في قسم السفر لأنه نوع قسم وإن وقعت القرعة للآخرى سافر بها فإن حضر قضى للجديدة حق العقد لأنه سافر بعد وجوبه عليه وإن تزوج اثنتين وعزم على السفر أقرع بينهما فسافر باتي تخرج لها القرعة ويدخل حق العقد في قسم السفر فإذا قدم قضى للثانية حق العقد في أحد الوجهين لأنه حق وجب لها قبل سفره لم يؤده إليها فلزمه قضاؤه كما لو لم يسافر بالآخرى معه (وإثاني) لا يقضيه لأنها لا يكون تفضيلاً لها على التي سافر بها لأنه لا يحصل للمسافرة من الإيواء والسكن والمبيت عندها مثل ما يحصل في الحضر فيكون ميلاً فيعذر قضاؤه فإن قدم من سفره قبل مضي مدة ينقض فيها حق عند الأولي أنه في الحضر وقضى للحاضرة مثله وجهاً واحداً وفيما زاد الوجهان

أن يقسم ليلة وليلة فيجعل المدة بحسب ما يمكن كشهر وشهر أو أكثر أو أقل على حسب ما يمكنه وعلى حسب تقارب البادين وتباعدهما

(فصل) فإن قسم ثم جاء ليقسم للثانية فأغلقت الباب دونه أو منعه من الاستمتاع بها أو قالت لا تدخل علي ولا تبث عندي أو ادعت الطلاق سقط حقها من القسم فإن عادت بعد ذلك إلى المطاوعة استأنف القسم بينهما وأم يقض للناشر لأنها أسقطت حق نفسها، فإن كان له أربع نسوة فأقام عند ثلاث منهن ثلاثين ليلة لزمه أن يقيم عند الرابعة عشرًا لتساوين فإن نشرت إحداهن عليه وظلم واحدة فلم يقسم لها ثلاثاً وللناشر ليلة خمسة أدوار فيكمل للمظلومة خمس عشرة ليلة ويحصل للناشر خمسة ثم يستأنف القسم بين الجميع، فإن كان له ثلاث نسوة فقسم بين اثنتين ثلاثين ليلة وظلم الثالثة ثم تزوج جديدة ثم أراد أن يقضي للمظلومة فإنه يخص الجديدة بسبع إن كانت بكرًا وثلاث إن كانت ثيباً ثم يقسم بينها وبين المظلومة خمسة أدوار على ما قدمنا للمظلومة من كل دور ثلاثاً وواحدة للجديدة

﴿مسألة﴾ (وإن أراد النقلة من بلد إلى بلد وأخذ إحداهن معه والآخرى مع غيره لم يجز إلا بقرعة) وجملة ذلك أن الزوج إذا أراد الانتقال بنسائه إلى بلد آخر فأمكنه استصحاب الكل في سفره فعلى وليس له أفراد إحداهن به لأن هذا السفر لا يختص بواحدة بل يحتاج إلى نقل جميعهن، فإن خص

ويحتمل في المسئلة الاولى وجهاً ثالثاً وهو أن يستأنف قضاء حق العقد ليكمل واحدة منها ولا يحتسب على المسافرة بمدة سفرها كما لا يحتسب به عليها فيما عدا حق العقد وهذا أقرب الى الصواب من اسقاط حق العقد الواجب بالشرع بغير مسقط

﴿مسئلة﴾ قال (واذا أعرس عند بكر أقام عندها سبعة ثم دار ولا يحتسب عليها بما أقام عندها ، وان كانت ثيباً أقام عندها ثلاثاً ثم دار ولا يحتسب عليها أيضاً بما أقام عندها)

متى تزوج صاحب النسوة امرأة جديدة قطع الدور وأقام عندها سبعة ان كانت بكرأ ولا يقضيها للباقيات ، وإن كانت ثيباً أقام عندها ثلاثاً ولا يقضيها إلا أن نشاء هي أن يقيم عندها سبعة فإنه يقيمها عندها ويقضي الجميع للباقيات . روي ذلك عن أنس ، وبه قال الشعبي والنخعي ومالك والشافعي واسحاق وأبو عبيد وابن المنذر، وروي عن سعيد بن المسيب والحسن وخلاس بن عمرو ونافع مولى ابن عمر للبكر ثلاث وللثيب ليلتان ونحوه قل الازاعي ، وقال الحكم وحامد وأصحاب الرأي لا فضل للجديدة في القسم فإن أقام عندها شيئاً قضاء للباقيات لأنه فضله بمدة فوجب قضاؤها كما لو أقام عند الثيب سبعة

ولنا ما روي أبو قلابة عن أنس قال من السنة اذا تزوج البكر على الثيب أقام عندها سبعة واذا تزوج الثيب أقام عندها ثلاثاً ثم قسم قل أبو قلابة لو شئت لقلت ان أنسا رفعه الى النبي ﷺ متفق

احداهن قضى للباقيات كالحاضر فان لم يمكنه الجمع أو شق عليه ذلك وبعت بهن جميعاً مع غيره ممن هو محرم لمن جاز ولا يقضى لاحد ولا يحتاج الى قرعة لانه سوى بينهما ، وان أراد افراد بعضهم بالسفر معه لم يجوز الا بقرعة فاذا وصل الى البلد الذي انتقل اليه فأقامت معه فيه قضى للباقيات مدة كونها معه في البلد خاصة لانه صار مقبلاً وانقطع حكم السفر عنه

﴿مسئلة﴾ (ومتى سافر بها بقرعة لم يقض وإن كان بغير قرعة لزمه القضاء للآخرى)
وجملة ذلك أن الزوج إذا أراد سفراً فأحب حمل نسائه كلهن معه أو تركهن كلهن لم يحتاج إلى قرعة ، لأن القرعة لتعيين الخصوصية منهن بالسفر وههنا قد سوى ، وإن أراد السفر ببعضهن لم يجوز له ذلك إلا بقرعة ، وهذا قول أكثر أهل العلم . وحكي من مالك أن له ذلك من غير قرعة وليس بصحيح فان عائشة قالت كان رسول الله ﷺ اذا أراد سفراً أقرع بين نسائه فأيتهن خرج سهمها خرج بها معه ، متفق عليه ولان في المسافرة ببعضهن من غير قرعة تفضيلها وميلها اليها فلم يجوز بغير قرعة كالبداية بها في القسم ، وإن أحب المسافرة بأكثر من واحدة أقرع أيضاً فقد روت عائشة أن النبي ﷺ كان إذا خرج أقرع بين نسائه، فصارت القرعة لعائشة وحفصة ، رواه البخاري . ومتى سافر بأكثر من واحدة سوى بينهما كما يسوي بينهما في الحضر ولا يلزمه القضاء للحاضرات بعد

عليه ، وعن أم سلمة أن رسول الله ﷺ لما تزوج أم سلمة أقام عندها ثلاثاً وقال «إيس بك على أهلك هوان إن شئت سبعت لك ، وإن سبعت لك سبعت لنسائي» رواه مسلم ، وفي لفظ «وإن شئت ثلثت ثم درت» وفي لفظ «وإن شئت زدتك ثم حاسبتك به للبكر سبع وثيب ثلاث» وفي لفظ رواه الدارقطني «إن شئت أقت عندك ثلاثاً خالصة لك ، وإن شئت سبعت لك ثم سبعت لنسائي» وهذا بمنع قياسهم ويقدم عليه ، قال ابن عبد البر الأحاديث المرفوعة في هذا الباب على ما قلناه وليس مع من خالفنا حديث مرفوع والحجة مع من أدلى بالسنة

(فصل) والامة والحرة في هذا سواء ولأصحاب الشافعي في هذا ثلاثة أوجه (أحدها) كفولنا (والثاني) الامة على النصف من الحرة كسائر القسم (والثالث) للبكر من الامة أربع وثيب ليلتان تكميلاً لبعض الليلة

ولنا عموم قوله عليه السلام «للبكر سبع وثيب ثلاث» ولأنه يراد للانس وإزالة الاحتشام والامة والحرة سواء في الحامدة اليه فاستويا فيه كالنفقة

(فصل) يكره أن يزف اليه امرأتان في ليلة واحدة أو في مدة حق عند أحدهما لأنه لا يمكنه أن يوفيهما حقهما وتستغفر التي لا يوفيهما حقها وتستوحش فان فعل فأدخلت أحدهما قبل الاخرى بدأها

قدومه ، وهذا قول أكثر أهل العلم . وحكى عن داود أنه يقضي لقول الله تعالى (فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة)

ولنا أن عائشة لم تذكر قضاء في حديثها ، ولأن هذه التي سافر بها يلحقها من مشقة السفر بازاء ما حصل من السكن مثل ما يحصل في الحضر فلو قضى للحاضرات لكان قد مال على المسافرة كل الميل لكن ان كان مسافراً باحداهن بغير قرعة أثم وقضى للبواقي بعد سفره وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة ومالك لا يقضي لان قسم الحضر ليس بمثل قسم السفر فيتعذر القضاء .

ولنا أنه خص بعضهم بمدة على وجه تلحقه التهمة فيه فلزمه القضاء كما لو كان حاضراً . إذا ثبت هذا فينبغي أن لا يلزمه قضاء المدة وإنما يقضي منها ما أقام منها بميت ونحوه فاما زمان السير فلم يحصل لها منه الا المشقة والتعب فلو جمل للحاضرة في مقابلة ذلك ميئاً عندها واستمتعا بها لمال كل الميل .

(فصل) فان خرجت القرعة لاحداهن لم يجب عليه السفر بها وله تركها والسفر وحده لان القرعة لا توجب وإنما تعين من تستحق التقديم فان أراد السفر بغيرها لم يجز لانها تعينت بالقرعة فلم يجز العدول عنها الى غيرها وان وهبت حقها من ذلك لغيرها جاز اذا رضي الزوج لان الحق لها فيجوز هبتها له كما لو وهبت ليلتها في الحضر ولا يجوز بغير رضاه كما لو وهبت ليلتها في الحضر وان وهبته للزوج أو للجميع جاز ، وان امتنع من السفر معه سقط حقها اذا رضي الزوج ، وان أبى فله اكرامها على السفر معه لما ذكرنا ، وان رضي بذلك استأنف القرعة بين البواقي ، وان رضي الزوجات

فوفاهما ثم عاد فوفى الثانية ثم ابتداء القسم ، وإن زفت الثانية في أثناء مدة حق العقد أتمه الأولى ثم قضى حق الثانية ، وإن أدخلتا عليه جميعاً في مكان واحد أقرع بينهما وقدم من خرجت لها القرعة منهما ثم وفى الأخرى بعدها

(فصل) وإذا كانت عنده امرأتان فبات عند أحدهما ليلة ثم تزوج ثالثة قبل ليلة الثانية قدم المرفوعة بلياليها لأن حتمها أكد لانه ثبت بالعقد وحق الثانية ثبت بفعله فإذا قضى حق الجديدة بدأ بالثانية فوفاهما ليلتهما ثم يبتدئ القسم ، وذكر القاضي أنه إذا وفى الثانية ليلتها بات عند الجديدة نصف ليلة ثم يبتدئ القسم لأن الليلة التي يوفىها للثانية نصفها من حقها ونصفها من حق الأخرى فيثبت للجديدة في مقابلة ذلك نصف ليلة بازاء ما حصل لكل واحدة من ضربتها ، وعلى هذا القول يحتاج أن ينفرد بنفسه في نصف ليلة وفيه حرج فانه ربما لا يجد مكاناً ينفرد فيه أو لا يقدر على الخروج إليه في نصف الليلة أو الحجي منه وفيما ذكرناه من البداية بها بعد اثنتان وفاة بحقها بدون هذا الحرج فيكون أولى إن شاء الله

(فصل) وحكم السبعة والثلاثة التي يقيمها عند المرفوعة حكم سائر القسم في أن عماده القليل وله الخروج نهاراً لمعاشه وقضاء - قرق الناس ، وإن تعذر عليه المقام عندها ليلاً لدخل أو حبس أو ترك ذلك لغير عذر قضاء لها وله الخروج لصلاة الجماعة فإن النبي ﷺ لم يكن يترك الجماعة لذلك ويخرج لما لا بد له منه فإن أطل قضاؤه ، وإن كان يسيراً فلا قضاء عليه

كأن يسافر واحدة معه من غير قرعة جاز لأن الحق لمن لا يرضى الزوج ويريد غير من انفقن عليها فيصار إلى القرعة ، ولا فرق في جميع ما ذكرنا بين السفر الطويل والقصير لعموم الخبر والمعنى . وذكر القاضي احتمالاً أنه يقضى للبواقي في السفر القصير لانه في حكم الإقامة وهو وجه لأصحاب الشافعي ولنا أنه سافر بها بقرعة فلم يقض كما الطويل ولو كان في حكم الإقامة لم تجز المسافرة بأحداهن دون الأخرى كما لا يجوز أفراد أحداهن بالقسم دون غيرها ، ومتى سافر بأحداهن بقرعة ثم بدا له بعد السفر نحو أن يسافر إلى القدس ثم يبدو له فيمضي إلى مصر فله استصحابها معه لانه سفر واحد قد أقرع له فإن أقام في بلدة مدة إحدى وعشرين صلاة فما دون لم يحتسب عليه بها لانه في حكم السفر يجري عليه أحكامه وإن زاد على ذلك قضى الجميع بما أقامه لانه خرج من حكم السفر وإن أجمع على المقام قضى ما أقامه وإن قل لانه خرج عن حكم السفر ثم إذا خرج بعد ذلك إلى بلد ، أو بلدة أخرى لم يقض ما سافره لانه في حكم السفر الواحد وقد أقرع له

﴿مسئلة﴾ (وإن امتنع من السفر معه أو من المبيت عنده أو سافرت بغير إذنه سقط حقها من القسم)

لا نعم خلافاً في ذلك لأنها عاصية له بمنع نفسها منه فسقط حقها كالناشئة

﴿مسئلة﴾ (وإن أشخصها هو فهي على حقها من ذلك)

(المغني والشرح الكبير)

(مسئلة) قال (واذا ظهر منها ما يخاف معه نشوزها وعظها فإن أظهرت نشوزا هجرها فإن أردعها والا فله أن يضربها ضربا لا يكون مبرحا)

معنى النشوز معصية الزوج فيما فرض الله عليها من طاعة مأخوذ من النشز وهو الارتفاع فكأنها ارتفعت وتعالى عما أوجب الله عليها من طاعة، فتنى ظهرت منها أمارات النشوز مثل أن تتناقل وتدافع إذا دعاها، ولا نصير إليه الا بتكره ودمدمة فانه يعظها فيخوفها الله سبحانه ويذكر ما أوجب الله له عليها من الحق والطاعة، وما يلحقها من الأثم بالمخالفة والمعصية وما يسقط بذلك من حقوقها من النفقة والسكوة وما يباح له من ضربها وهجرها لقول الله تعالى (واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن) فإن أظهرت النشوز وهي أن تمصيه وتمنع من فراشه أو تخرج من منزله بغير إذنه فله أن يهجرها في المضجع لقول الله تعالى (واهجروهن في المضجع) قال ابن عباس لا تضاجعهما في فراشك. فأما الهجران في الكلام فلا يجوز أكثر من ثلاثة أيام لما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاثة أيام. وظاهر كلام الحرقى أنه ليس له ضربها في النشوز في أول مرة وقد روي عن أحمد إذا عصت المرأة زوجها فله ضربها ضربا غير مبرح. فظاهر هذا إباحة ضربها بأول مرة لقول الله تعالى (واضربوهن) ولأنها صرحت بالمنع فكان له ضربها كما لو أصرت ولأن

نحو أن يعنفها في حاجته أو يأمرها بالنقلة من بلدها لم يسقط حقها من نفقة ولا قسم لأنها لم تفوت عليه التمكين، ولا فات من جهتها وإنما حصل بتفويته فلم يسقط حقها، كما لو أتلف المشتري المبيع لم يسقط حق البائع من تسليم ثمنه إليه، فعلى هذا يقضي لها بحسب ما أقام عند ضربها، وإن سافرت معه فهي على حقها منهما جميعاً.

(مسئلة) (وان سافرت لحاجتها باذنه فعلى وجهين)

إذا سافرت المرأة في حاجتها باذن زوجها لتجارة لها أو زيارة أو حج تطوع أو عمرة لم يبق لها حق في نفقة ولا قسم في أحد الوجهين، هذا الذي ذكره الحرقى والقاضي، وقال أبو الخطاب فيه وجه آخر أنها لا تسقط، وهو قول الشافعي لأنها سافرت باذنه أشبه ما لو سافرت معه، ووجه الأول أن القسم للأنس والنفقة للتمكين من الاستمتاع، وقد تعذر ذلك بسبب من جهتها فسقط كما لو تعذر ذلك قبل دخوله بها، وفارق ما إذا سافرت معه لأنه لم يتعذر ذلك ويحتمل أن يسقط القسم وجهاً واحداً لأنه لو سافر عنها لسقط قسمها والتعذر من جهته فإذا تعذر من جهتها بسفر كان أولى ويكون في النفقة الوجهان

(مسئلة) (وللمرأة أن تب حب حقها من القسم لبعض ضرائرها باذنه أو له فيجعل لمن شاء منهن)

لان الحق لها وللزوج فإذا رضيت هي والزوج جاز لان الحق لا يخرج عنهما فإن أبت الموهوبة

عقوبات المعاصي لا تختلف بالتكرار وعدمه كالحدود ، ووجه قول الحرق المقصود زجرها عن المعصية في المستقبل وما هذا سبيله يبدأ فيه بالسهل فالسهل كن هجم منزله فأراد إخراجها . وأما قوله (واللاني تخافون نشوزهن) الآية ففيها إضمار تقديره : واللاني تخافون نشوزهن فعظوهن فان نشزن فاهجروهن في المضاجع فان أصررن فاضربوهن كما قال سبحانه (إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويهجون في الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض) والذي يدل على هذا أنه رتب هذه العقوبات على خوف النشوز ولا خلاف في أنه لا يضربها لخوف النشوز قبل إظهاره ، ولشافعي قولان كهذين فان لم تردع لوعظ والهجر فله ضربها لقوله تعالى (واضربوهن) وقال النبي ﷺ «إن لكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحداً نكروهنه فان فعلن فاضربوهن ضرباً غير مبرح» رواه مسلم معني غير مبرح أي ليس بالشديد . قال الخلال سألت أحمد ابن يحيى عن قوله ضرباً غير مبرح قال غير شديد ، وعليه أن يجنب الوجه والمواضع المخوفة لان المقصود التأديب لا الإللاف ، وقد روى أبو داود عن حكيم بن معاوية القشيري عن أبيه قال قلت يا رسول الله ما حق زوجة أحدنا عليه؟ قال «أن يطعمها اذا طعمت ، ويكسوها إذا اكتست ولا يقيح ولا يهجر إلا في البيت» وروى عبد الله بن زمة عن النبي ﷺ قال «لا يجلد أحدكم امرأته جلد العبد ثم يضاجعها في آخر اليوم ولا يزيد في ضربها على عشرة أسواط لنول رسول الله ﷺ لا يجلد أحد فوق عشرة أسواط إلا في حد من حدود الله» متفق عليه

قبول الهبة لم يكن لها ذلك لان حق الزوج في الاستمتاع ثابت في كل وقت انما منعه المزاحمة لحق صاحبها فاذا زالت المزاحمة بهتت ثبت حقه في الاستمتاع بها وان كرهت كما لو كانت منفردة ، وقد ثبت أن سودة وهبت يومها لعائشة فكان رسول الله ﷺ يقسم لعائشة يومها ويوم سودة ، متفق عليه ونحو ذلك في جميع الزمان وفي بعضه فان سودة وهبت يومها في جميع زمانها ، وروى ابن ماجه عن عائشة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم وجد على صفية بنت حيي في شيء فقالت صفية لعائشة هل لك أن ترضي عني رسول الله صلى الله عليه وسلم ولك يومي؟ فأخذت خماراً مصبوغاً بزعفران فرشته ليفوح ريحه ثم اختمرت به وقعدت الى جنب النبي صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم «إليك يا عائشة انه ليس يومك» قالت ذلك فضل الله يؤتيه من يشاء ، فأخبرته بالامر ف رضي عنها اذا ثبت هذا فان وهبت ليلتها لجميع ضرائرها صار القسم بينهما كما لو طلق الواهبة وإن وهبتها للزوج فله جعلها لمن شاء لانه لا ضرر على الباقيات في ذلك إن شاء جعله للجميع وإن شاء خص بها واحدة ممنهن وإن شاء جعل لبعضهن فيها أكثر من بعض ، وإن وهبتها لواحدة كفعل سودة جاز ثم ان كانت تلي ليلة الموهوبة والى بينهما ، وان كانت لائليها لم يجز له الموالاة بينهما إلا برضا الباقيات ويجعلها لها في الوقت الذي كان للواهبة لان الموهوبة قامت مقام الواهبة في ليلتها فلم يجز تغييرها عن موضعها

(فصل) وله تأديبها على ترك فرائض الله . وسأل اسماعيل بن سعيد أحمد عما يجوز ضرب المرأة عليه قال على فرائض الله ، وقال في الرجل له امرأة لا نصلي بضرها ضرباً رقيقاً غير مبرح ، وقال علي رضي الله عنه في تفسير قوله تعالى (قوا أنفسكم وأهليكم ناراً) قال علموهم أدبهم ، وروى أبو محمد الحلال بإسناده عن جابر قال : قال رسول الله ﷺ « رحم الله عبداً علق في بيته سوطاً يؤدب أهله » فان لم تصل فقد قال أحمد أخشى أن لا يحل لرجل يقيم مع امرأة لا نصلي ولا تغتسل من جنابة ولا تلتئم القرآن . قال أحمد في الرجل يضرب امرأته لا ينبغي لأحد أن يسأله ولا أبوها لم ضربتها ، والاصل في هذا ما روى الأشعث عن عمر أنه قال يا أشعث احفظ عني شيئاً سمعته من رسول الله ﷺ لا نسألن

كما لو كانت باقية للواهة ولان في ذلك تأخير ألحق غيرها وتغييراً ليلتها بغير رضاها فلم يجوز ، وكذلك الحكم اذا وهبتها الزوج فأثر بها امرأة منهن بهيئها ، وفيه وجه آخر انه لا يجوز الموالاة بين اليلتين لعدم الفائدة في التفريق والاول أصح وقد ذكرنا فيه فائدة فلا يجوز اطراحها

(مسئلة) (فتى رجعت في الهبة عادتها ولها ذلك في المستقبل لانها هبة لم تقبض وليس لها الرجوع فيما مضى) لانه بمنزلة المقبوض ، ولو رجعت في بعض الليل كان على الزوج أن ينتقل اليها فان لم يعلم حتى آتم الليلة لم يقض لها شيئاً لان التفريط منها

(فصل) فان بذلت ليلتها بمال لم يصح لان حقها في كون الزوج عندها وليس ذلك بمال فلا يجوز مقابلته بمال فاذا أخذت عليه مالا لزمها رده وعليه أن يقضي لها لانها تركته بشرط العوض ولم يسلم لها فان كان عوضها غير المال مثل ارضاء زوجها عنها أو غيره جاز لان عائشة أرضت رسول الله ﷺ عن صفة وأخذت يومها وأخبرت بذلك رسول الله ﷺ فلم ينكره

(مسئلة) (ولا قسم عليه في ملك اليمين وله الاستمتاع بهن كيف شاء)

ومن له نساء واماء فله الدخول على الاماء كيف شاء والاستمتاع بهن ان شاء كالنساء ، وان شاء أقل وإن شاء أكثر ، وان شاء ساوى بين الاماء وان شاء فضل ، وان شاء استمتع ببعضهن دون بعض ، بدليل قوله تعالى (فان خفتم أن لا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم) وقد كان للنبي ﷺ مارية القبطية وريحانة فلم يقسم لهما ولان الامة لا حق لها في الاستمتاع ولذلك لا يثبت لها الخيار بحجب السيد ولا عنه ولا يضرب لها مدة الايلاء

(مسئلة) (ويستحب التسوية بينهما لئلا يضر ببعضهن وان لا يعضلن ان لم يردا الاستمتاع بهن)

اذا احتاجت الامة الى النكاح وجب عليه اعفافها اما بوطئها أو تزويجها أو بيعها

(فصل) قال رحمه الله (واذا تزوج بكراً أقام عندها سبباً ثم دار ، وإن كانت ثيباً أقام

عندها ثلاثاً ثم دار)

مقي تزوج صاحب النعومة امرأة جديدة قطع الدور وأقام عندها سبباً ان كانت بكراً ولا يقضيها

رجلا فيم ضرب امرأته . رواه ابو داود ، ولانه قد يضر بها لاجل الفراش ، فان أخبر بذلك استحييا ، وان أخبر بغيره كذب

(فصل) واذا خافت المرأة نشوز زوجها واعراضه عنها لرغبته عنها اما لمرض بها أو كبر أو دمامة فلا بأس ان تضع عنه بعض حقوقها تسترضيه بذلك لقول الله تعالى (وان امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو اعراضاً فلا جناح عليهما أن يصالحا بينهما صلحا) روى البخاري عن عائشة (وان امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو اعراضاً فلا جناح عليهما أن يصالحا) قالت هي المرأة تكون عند الرجل لا يستكثر منها فيريد طلاقها ويتزوج عليها يقول له امسكني ولا تطلقني ثم تزوج غيرها فأنت في حل من النفقة علي والقسمة لي

وعن عائشة ان سودة بنت زمعة حين أسنت وفرقت أن يسارها رسول الله ﷺ قالت : يا

للباقيات ، وإن كانت ثيباً أقام عندها ثلاثاً ولا يقضيها إلا أن تشاء هي أن يقيم عندها سبعا فإنه يقيمها عندها ويقضي للباقيات . روي ذلك عن انس وبه قال الشعبي والنخعي ومالك والشافعي وأبو عبيدة وابن المنذر .

وروي عن سعيد بن المسيب والحسن وخلاس بن عمرو ونافع مولى ابن عمر : البكر ثلاث ولثيب ليلتان ونحوه قال الاوزاعي ، وقال الحكم وحامد وأصحاب الرأي : لافضل للجارية في القسم فان أقام عندها قضاه للباقيات لانه فضلها بمدة فوجب قضاؤها كما لو أقام عند الثيب سبعا .

ولنا ما روى أبو قلابة عن أنس قال من السنة إذا تزوج البكر على الثيب أقام عندها سبعا وقسم ، وإذا تزوج الثيب أقام عندها ثلاثاً ثم قسم ، قال أبو قلابة ولو شئت لقلت ان أنسا رفعه الى النبي صلى الله عليه وسلم متفق عليه . وعن أم سلمة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما تزوج أم سلمة أقام عندها ثلاثاً وقال « ليس بك على اهلك هوان إن شئت سبعت لك ، وان سبعت لك سبعت لنسائي » رواه مسلم ، وفي لفظ « وإن شئت ثلثت ثم درت » وفي لفظ رواه الدارقطني « ان شئت أقت ثلاثاً خالصة لك وان شئت سبعت لك ثم سبعت لنسائي » وهذا يمنع قياسهم ويقدم عليه

قال ابن عبد البر الاحاديث المرفوعة في هذا الباب على ما قلناه ، وليس مع من خالفنا حديث مرفوع والحجة مع من ادلى بالسنة .

(فصل) والامة والحرّة في هذا سواء ولاصحاب الشافعي في هذا ثلاثة أوجه (أحدها) كقولنا (والثاني) الامة على النصف من الحرّة كسائر القسم (والثالث) للبكر من الامة اربع ولثيب ليلتان تكميلاً لبعض الليلة .

ولنا عموم قوله عليه السلام « للبكر سبع ولثيب ثلاث » ولانه يراد للانس وازالة الاحتشام والامة والحرّة سواء في الاحتياج الى ذلك فاستويا فيه كالنفقة

رسول الله يرمي لعائشة فقبل ذلك رسول الله ﷺ منها ، قالت في ذلك أنزل الله جل ثناؤه وفي أشباهها أراد قال (وان امرأة خافت من بعلها نشوزا أو أعراضا) رواه أبو داود ، ومتى صالحته على ترك شيء من قسمها أو نفقتها أو على ذلك كله جاز فان رجعت فلها ذلك ، قال أحمد في الرجل يغيب عن امرأته فيقول لها ان رضيت على هذا وإلا فأنت أعلم فتقول قد رضيت فهو جائز فان شأت رجعت (مسألة) قال (والزوجان اذا وقعت بينهما العداوة وخشي عليهما أن يخرجهما ذلك الى العصيان بمش الحاكم حكما من أهله وحكما من أهلها مأمورين برضا الزوجين وتوكيلهما بأن يجمعا إذا رأيا أو يفرقا فافعلنا من ذلك لزمهما)

وجملة ذلك ان الزوجين إذا وقع بينهما شقاق نظر الحاكم فان كان له انه من المرأة فهو نشوز قد

﴿مسألة﴾ (وان زفت اليه امرأتان قدمت السابقة منها ثم أقام عند الاخرى ثم دار وان زفنا معا قدم احداها بالقرعة ثم أقام عند الاخرى)

يكره ان تزف اليه امرأتان في ليلة واحدة أو في مدة عقد احداها لانه لا يمكنه أن يوفيهما وتستضر التي لا يوفيهما حقها ، فان دخلت احداها اليه قبل الاخرى بدأ بها فوافها حقها ثم عاد فوفى الثانية ثم ابتداء القسم ، وان زفت الثانية في أثناء مدة العقد آتته للاولى ثم قضى حق الثانية وان دخلتاه عليه جميعا في مكان واحد أقرع بينهما وقدم من خرجت لها القرعة منهما ثم وفي الاخرى بعدها

(فصل) وإذا كان عنده امرأتان فبات عند احداها ليلة ثم تزوج ثالثة قبل ليلة الثانية قدم المزفوفة لبلياليها لان حقها أكد لانه ثبت بالعقد وحق الثانية ثبت بفعله فاذا قضى حق الجديدة بدأ بالثانية فوافها ليلتها ثم ثبت عند الجديدة ثم يبتديء القسم وذكر القاضي أنه إذا وفي الثانية ليلتها بات عند الجديدة نصف ليلة ثم يبتديء القسم لان الليلة التي يوفيهما الثانية نصفها من حقها ونصفها من حق الاخرى فيثبت للجديدة في مقابلة ذلك نصف ليلة بازاء ما حصل لكل واحدة من ضرتهما وعلى هذا القول يحتاج أن ينفرد بنفسه في نصف ليلة وفيه حرج فانه ربما لا يجد مكانا ينفرد فيه أو لا يقدر على الخروج اليه في نصف الليلة أو الحجي منه وفيما ذكرناه من البداية بها بعد الثانية وفاء حقها بدين هذا الحرج فيكون أولى ان شاء الله تعالى

﴿مسألة﴾ (وان أراد السفر فخرجت القرعة لاحداهما سافر بها ودخل حق العقد في قسم السفر فاذا قدم بدأ بالاخرى فوافها حق العقد)

إذا تزوج امرأتين وعزم على السفر أقرع بينهما فسافر بالتي تخرج لها القرعة ويدخل حق العقد في قسم السفر فاذا قدم قضى للثانية حق العقد في أحد الوجهين لانه حق وجب لها قبل سفره لم يؤده اليها فلزمه قضاؤه كما لو لم يسافر بالاخرى معه (والثاني) لا يقضيه لثلاث يكون تفضيلا لها على التي سافر بها لانه لا يحصل المسافرة من الايواء والسكن والمبيت عندها مثل ما يحصل في الحضر فيكون ميلا

مضى حكمه ، وان بان انه من الرجل أسكنهما إلى جانب ثقة يمنعه من الاضرار بها والتعدي عليها . وكذلك ان بان من كل واحد منهما تعد او ادعى كل واحد منهما ان الآخر ظلمه أسكنهما إلى جانب من يشرف عليهما ويلزمهما الانصاف ، فان لم يتبها ذلك وتماذى الشر بينهما وخيف الشقاق عليهما والعصيان بهت الحاكم حكما من أهله وحكما من أهلها فنظرا بينهما وفعلا ما يربان المصلحة فيه من جهم أو تفريق لقول الله تعالى (وان ختم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ان يريدوا إصلاحا يوفق الله بينهما)

واختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في الحكمين في إحدى الروايتين عنه انها وكيلان لها لا يملكان التفريق لها إلا باذنها ، وهذا مذهب عطاء وأحد قولي الشافعي وحكي ذلك عن الحسن وأبي حنيفة لان البضع حقه والمال حقها وهما رشيدان فلا يجوز لغيرهما التصرف فيه إلا بوكالة منهما

فيعذر قضاؤه فان قدم من سفره قبل مضي مدة ينقضي فيها حق عده الاولى أمه في الحضر وقضى للحاضرة مثله وجهاً واحداً وفيما زاد الوجهان ، ويحتمل في المسئلة وجهاً ثالثاً وهو أن يستأنف حق العقد لكل واحدة منهما ولا يحتسب على المسافرة بمدة سفرها كما لا يحتسب به عليهما فيما عدا حق العقد وهذا أقرب الى الصواب من اسقاط حق العقد الواجب بالشرع بغير مسقط

(فصل) فان كانت له امرأة فتزوج أخرى وأراد السفر بهما جميعاً تسم للجديدة سبعاً إن كانت بكرأ وثلاثاً إن كانت ثيباً ثم يقسم بعد ذلك بينهما وبين القديمة وان أراد السفر باحدهما أقرع بينهما فان خرجت قرعة الجديدة سافرت معه ودخل حق العقد لانه سافر بعد وجوبه عليه

(مسئلة) (وإن طلق إحدى نسائه في ليلتها أم لانه فوت حقها الواجب لها فان عادت اليه برجمة أو نكاح قضى لها لانه قدر على ايفاء حقها فلزمه كالعسر إذا أيسر بالدين) (مسئلة) (وله أن يخرج في نهار ليل القسم لمعاشه وقضاء حقوق الناس)

لقوله تعالى (وجعلنا الليل لباساً وجعلنا النهار معاشاً) وقال تعالى (وهو الذي جعل لكم الليل لتسكنوا فيه ولتبتغوا من فضله) أي لتسكنوا في الليل ولتبتغوا من فضله في النهار . وحكم السبعة والثلاثة النبي يقيمها عند المزفوفة حكم سائر القسم فيما ذكرنا فان تعذر عليه المقام عندها ليلاً لشغل أو حبس أو ترك ذلك لغير عذر قضاء لها وله الخروج الى صلاة الجماعة فان النبي ﷺ لم يترك الجماعة لذلك ويخرج لما لا بد له منه فان أطل قضاؤه ولا يقضي اليسير

﴿ فصل في النشوز ﴾

وهو معصيتها إياه فيما يجب عليها من طاعته مأخوذ من النشز وهو الارتفاع فكأنها ارتفعت وتعال عما وجب عليها من طاعته

(مسئلة) (فتى ظهرت منها امارات النشوز بأن لا تحييه الى الاستمتاع أو تحييه متبرمة ومتكرهه)

أو ولاية عليها (والثانية) أنهما حاكمان ولهما أن يفعلا ما يريان من جمع وتفريق بعوض وغير عوض ولا يحتاجان إلى توكيل الزوجين ولا رضاها. روي نحو ذلك عن علي وابن عباس وأبي سلمة بن عبد الرحمن والشعبي والنخعي وسعيد بن جبير ومالك والاوزاعي وإسحاق وابن المنذر لقول الله تعالى (فابعثوا حكاماً من أهلها وحكاماً من أهلها) فسامها حكامين ولم يعتبر رضا الزوجين ثم قال (إن يريدوا إصلاحاً) فخطب الحكيم بذلك

وروي أبو بكر بإسناده عن عبيدة السلماني أن رجلاً وامرأة أتيا علياً مع كل واحد منهما فنام من الناس فقال علي رضي الله عنه ابعثوا حكاماً من أهلها وحكاماً من أهلها فبعثوا حكامين ثم قال علي للحكيم هل تدريان ما عليكما من الحق؟ عليهما من الحق أن رأيتما أن تجمعما جمعتما وإن رأيتما أن تفرقا ففرقتما فقالت المرأة رضيت بكتاب الله علي ولي فقال الرجل أما الفرقة فلا فقال علي كذبت حتى

وعظها فإن أصرت هجرها في المضجع ما شاء ، وفي الكلام ما دون ثلاثة أيام فإن أصرت فله أن يضربها ضرباً غير مبرح)

وقد ظهرت من المرأة أمارات النشوز مثل أن تتناقل وتدافع إذا دعاها ولا تصير إليه إلا بتكره ودمدمة فانه يعظمها فيخوفها الله سبحانه ويذكر ما أوجب الله له عليها من الحق والطاعة وما يباحقها من الاثم بالخالفه والمعصية وما يسقط بذلك من النفقة والكسوة وما يباح له من هجرها وضربها لقول الله تعالى (واللاتي يخافون نشوزهن فعضواهن) فإن أظهرت النشوز وهو أن تعصيه وتمنع من فراشه أو تخرج من منزله بغير إذنه فله أن يهجرها في المضجع ما شاء لقول الله تعالى (واحجروهن في المضجع) قال ابن عباس لا تضاجها في فراشك فأما الهجران في الكلام فلا يجوز أكثر من ثلاثة أيام لما روى أبو هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه « لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاثة أيام » وظاهر كلام الحنفي أنه ليس له ضربها في النشوز في أول مرة وقد روي عن أحمد أن عصت المرأة زوجها فله ضربها ضرباً غير مبرح ظاهر هذا إباحة ضربها لقول الله تعالى (واضربوهن) ولأنها صرحت بالمنع فكان له ضربها كما لو أصرت ولأن عقوبات المعاصي لا تختلف بالتكرار وعدمه كالحدود، ووجه قول الحنفي أن المقصود زجرها عن المعصية في المستقبل وما هذا سبيله يبدأ فيه بالأسهل فالأسهل كمن هجم عليه منزله فأراد إخراجه ، وأما قوله (واللاتي يخافون نشوزهن) الآية ففيها إضمار تقديره واللاتي يخافون نشوزهن فعضواهن فإن نشزن فاحجروهن في المضجع فإن أصرن فاضربوهن كما قال سبحانه (إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض) والذي يدل على هذا أنه رتب هذه العقوبات على خوف النشوز ولا خلاف أنه لا يضربها لخوف النشوز قبل إظهاره وللشافعي قولان كنهذين فإذا لم تردع بالهجر والوعظ فله ضربها لقول الله تعالى (واضربوهن) وقال النبي صلى الله عليه

نرضى بما رضى به ، وهذا يدل على انه أجبره على ذلك ، وروى أن عقيلة تزوج فاطمة بنت عقبة
فخاصما تجمع ثيابها ومضت الى عثمان فبعث حكما من أهله عبدالله بن عباس وحكما من أهلها معاوية
فقال ابن عباس : لا فرق بينهما ، وقال معاوية : ما كنت لأفرق بين شيخين من بني عبد مناف ،
فلما بلغا الباب كانا قد غلقا الباب واصطاحا ، ولا يمنع أن تثبت الولاية على الرشيد عند
تباعه من أداء الحق كما يتضح الدين عنه من ماله إذا امتنع وبطاق الحاكم على المولى إذا امتنع ، إذا
ثبت هذا فإن الحكمين لا يكونان إلا عاقلين بالغين عاقلين لان هذه من شروط العدل التسواء

وسلم « إن لكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحداً تمكرهونه فان فعلن فاضربوهن ضرباً غير مبرح »
رواه مسلم ومعنى غير مبرح أي ليس بالشديد قال الحلال سألت أحمد بن يحيى عن قوله ضرباً غير
مبرح قال غير شديد وعليه أن يجنب الوجه والمواضع الخوفة لان المقصود التأديب لا الاتلاف وقد
روى ابو داود عن حكيم بن معاوية القشيري عن أبيه قال قلت يا رسول الله ما حق زوجة أحدنا عليه ؟
قال « أن تطعمها إذا طعمت وتكسوها إذا اكتسيت ولا تقيح ولا تهجر الا في البيت » وروى عبد
الله بن زمة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا يجلد أحدكم امرأته جلد العبد ثم يضاجعها في آخر
اليوم » ولا يزيد في ضربها على عشرة أصوات لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا يجلد أحد
فوق عشرة أسواط الا في حد من حدود الله » متفق عليه

(فصل) وله تأديبها على ترك فرائض الله تعالى وقال في الرجل له امرأة لا تصلي يضربها ضرباً
رفيئاً غير مبرح وقال علي في تفسير قوله تعالى (قوا أنفسكم وأهليكم ناراً) قال علموهم أذوبهم وروى
الحلال باسناده عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « رحم الله عبداً عاق في بيته سوطاً
يؤدب أهله » فان لم تصلي فقد قال أحمد : أخشى أن لا يحصل لرجل أن يقيم مع امرأة لا تصلي ولا
تغتسل من الجنابة ولا تعلم القرآن قال أحمد في الرجل يضرب امرأته لا ينبغي لاحد أن يسأله ولا
أبوها لم يضربها ؟ والاصل في هذا ما روى الأشعث عن عمر أنه قال يا أشعث احفظ عني شيئاً سمعته
من رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا تسألن رجلاً فيما ضرب امرأته » رواه ابو داود لانه قد يضربها
لاجل الفراش فان أخبر بذلك استجيا وان أخبر بغيره كذب

(فصل) وان خافت المرأة نشوز زوجها واعراضه عنها لرغبته عنها لمرضها أو كبر أو دمامة فلا
بأس ان تضع عنه بعض حقوقها لتسترضيه بذلك لقوله تعالى (وان امرأة خافت من بعلها نشوزاً
أو اعراضاً فلا جناح عليهما ان يصلحا بينهما صلحا) وروى البخاري عن عائشة (وان امرأة خافت من بعلها
نشوزاً أو اعراضاً) قالت هي المرأة تكون عند الرجل لا يستكثر منها فيريد طلاقها ويتزوج عليها تقول
له امسكني ولا تطلقني ثم تزوج غيري فانت في حل من النفقة علي والقسمة لي وعن عائشة ان سودة

قلنا هما حاكمان أو وكيلان لأن الوكيل إذا كان متعلقا بنظر الحاكم لم يجوز أن يكون الا عدلا كما لو نصب وكيلا لصبي أو مفلس ويكونان ذكربن لأنه مفنقر إلى الرأي والنظر قال القاضي ويشترط كونهما حريين وهو مذهب الشافعي لأن العبد عنده لا تقبل شهادته فلو كان الحرية من شروط العدالة والأولى أن يقال ان كانا وكيلين لم تعتبر الحرية لأن توكيل العبد جائز وان كانا حكيمين اعتبرت الحرية لأن الحاكم لا يجوز أن يكون عبداً ويعتبر أن يكونا عالمين بالجمع والتفريق لانهما يتصرفان في ذلك فيعتبر علمهما به والأولى أن يكونا من أهلها لأمراً الله تعالى بذلك ولانهما أشفق وأعلم بالحال فان كانا

بنت زمعة حين أسنت وفرقت ان يفارقها رسول الله صلى الله عليه وسلم قالت يا رسول الله يوسي لعائشة فقبل رسول الله صلى الله عليه وسلم منها قالت ففي ذلك أنزل الله جل شأنه وفي أشباهه أراه قال (وان امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو أعراضاً) رواه ابو داود ومثي صالحت على ترك شي من قسمها أو نفقتها أو على ذلك كله جاز فان رجعت فلها ذلك قال احمد في الرجل يعيب على امراته فيقول لها ان رضىت على هذا والا فأنت اعلم فتقول قد رضىت فهو جائز فان شاءت رجعت (مسئلة) (فان ادعى كل واحد منهما ظلم صاحبه له اسكنهما الحاكم الى جانب ثقة يشرف عليها ويلزمها الانصاف)

وجملة ذلك ان الزوجين اذا وقع بينهما شقاق نظر الحاكم فان كان من المرأة فهو نشوز وقد ذكرناه وان بان انه من الرجل اسكنهما الى جنب ثقة يمنعه من الاضرار بها والتعدي عليها وكذلك ان بان من كل واحد منهما تعد او ادعى كل واحد منهما ان الآخر ظلمه اسكنهما الى جنب من يشرف عليهما ويلزمهما الانصاف لان ذلك طريق الانصاف فتعين فعله كما لحكم بالحق

(مسئلة) (فان خرجا الى الشقاق والعداوة بحث الحاكم حكيمين حريين مسلمين عدلين)

والأولى ان يكونا من أهلها الآية بتوكيلهما ورضاها فيكشفان عن حالها ويفعلان ما يريانه من جمع بينهما او تفريق بطلاق او خلع فما فعلا من ذلك لزمهما والا صل في ذلك قوله سبحانه (وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها ان يريدوا اصلاحاً يوفق الله بينهما)

(مسئلة) (فان امتنع من ذلك لم يجبرا عليه وعنه أن الزوج ان وكل في الطلاق بعوض أو وكلت المرأة في بذل العوض وإلا جعل الحاكم اليهما ذلك)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في الحكمين ففي إحدى الروايتين عنه انهما وكيلان لهما ولا يمكن التفريق إلا باذنهما وهذا مذهب عطاء وأحد قولي الشافعي، وحكي عن الحسن وأبي حنيفة لان البضع حقه والمال حقه وهما رشيدان فلا يجوز لغيرهما التصرف فيه إلا بوكالة منهما أو ولاية عليهما (والثانية) انهما حاكمان ولهما أن يفعلان ما يريان من جمع وتفريق بموض وغير عوض ولا يحتاجان الى توكيل الزوجين ولا رضاها، روي نحو ذلك عن علي وابن عباس وأبي سلمة بن عبد الرحمن والشعبي

من غير أهلها جاز لان القرابة ليست شرطاً في الحكم ولا الوكالة فكان الأمر بذلك إرشاداً واستحباباً فان قلنا هما وكيلان فلا ينعان شيئاً حتى يأذن الرجل لو كيله فيما يراه من طلاق أو صلح وتأذن المرأة لو كيلها في الخلع والصلح على ما يراه فان امتنعا من التوكيل لم يجبر أو ان قلنا إنهما حاكمان فلهما مضيان ما يريانه من طلاق وخلع فينفذ ذلك عليهما رضياه أو أبياه

(فصل) فان غاب الزوجان أو أحدهما بعد بعث حكمين جاز للحكمين امضاء رأيهما ان قلنا إنهما وكيلان لان الوكالة لا تبطل بالغيبه وان قلنا إنهما حاكمان لم يجوز لهما امضاء الحكم لان كل واحد

والنخعي وسعيد بن جبير ومالك والاوزاعي وإسحاق وابن المنذر لقول الله تعالى (فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها فسماعاً حكمين ولم يعتبر رضى الزوجين ثم قال (إن يريد إصلاًحاً) مخاطب الحكمين بذلك ، وروى أبو بكر باسناده عن عبيدة السلماني ان رجلاً وامرأة أتيا علياً مع كل واحد منهما فتام من الناس ، فقال علي ابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها ، فبعثوا حكمين ثم قال علي للحاكمين هل تدرين ما عليكما ، من الحق ؟ عليكما ، من الحق إن رأيتهما أن تجمعا جمعتهما وإن رأيتهما أن تفرقا فرقتهما ، فقالت المرأة رضيت بكتاب الله علي ولي . فقال الرجل أما الفرقة فلا ، فقال علي كذبت حتى ترضى بما رضيت به وهذا يدل على انه أجبره على ذلك ، ويروى أن عقيلاً تزوج فاطمة بنت عقبة فتخاصما فجمعت ثيابها ومضت الى عثمان فبعث حكماً من أهله عبد الله بن عباس وحكماً من أهلها معاوية ، فقال ابن عباس لا فرق بينهما ، وقال معاوية ما كنت لا فرق بين شخصين من بني عبد مناف ، فلما بلغا الباب كانا قد أغلقا الباب وأعطلحا ، ولا يمنع أن تثبت الولاية على الرشيد عند امتناعه من أداء الحق كما يقضى عنه الدين من ماله اذا امتنع ويطلق الحاكم على المولى اذا امتنع

(فصل) ولا يكون الحكمان إلا عاقلين بالغين عدلين مسلمين لان هذه من شروط العدالة سواء قلنا هما حكمان أو وكيلان لان الوكيل اذا كان متعلقاً بنظر الحاكم لم يجوز أن يكون إلا عدلاً كما لو نصب وكيلاً لصبي أو مفلس ويكونان ذكرين لانه يفتقر الى الرأي والنظر ، فقال القاضي ويشترط كونهما حرين وهو مذهب الشافعي لان العبد عنده لا تقبل شهادته فتكون الحرية من شروط العدالة . قال شيخنا والاولى أن يقال إن كانا وكيلين لم تعتبر الحرية لان توكيل العبد جائز وإن كانا حاكمين اعتبرت الحرية لان الحاكم لا يجوز أن يكون عبداً ويعتبر أن يكونا عالمين بالجمع والتفريق لانهما يتصرفان في ذلك فيعتبر علمهما به والاولى أن يكونا من أهلها لأمير الله تعالى بذلك ولانهما أشفق وأعلم بالحال فان كانا من غير أهلها جاز لان القرابة ليست شرطاً في الحكم ولا الوكالة فكان الامر بذلك إرشاداً واستحباباً ، فان قلنا هما وكيلان فلا ينعان شيئاً حتى يأذن الرجل لو كيله فيما يراه من طلاق أو صلح أو تأذن المرأة لو كيلها في الخلع والصلح على ما يراه ، فان امتنعا من التوكيل لم يجبرا ، وان قلنا إنهما حاكمان فلهما مضيان ما يريانه من طلاق وخلع فينفذ حكمهما عليهما رضياه أو أبياه

من الزوجين محكوم له وعليه والقضاء للغائب لا يجوز إلا أن يكونا قد وكلهما فيفعلان ذلك بحكم التوكيل لا بالحكم وان كان أحدهما قد وكل جاز لو كيله فعل ما وكله فيه مع غيبته وان جن أحدهما بطل حكم وكيله لان الوكالة تبطل بجنون الموكل وان كان حاكماً لم يجوز له الحكم لأن من شرط ذلك بقاء الشقاق وحضور المتداعيين ولا يتحقق ذلك مع الجنون

(فصل) فان شرط الحَكَمَانِ شرطاً أو شرطه الزوجان لم يلزم مثل أن يشترطا ترك بعض النفقة والتقسم لم يلزم الوفاء به لانه إذا لم يلزم برضى الموكلين فبرضى الوكيلين أولى وان أبرأ وكيل المرأة من الصداق أو دين لها لم يبرأ الزوج إلا في الخلع وان أبرأ وكيل الزوج من دين له أو من الرجل لم يبرأ الزوجة لانهما وكيلان فيما يتعلق بالاصلاح لا في اسقاط الحقوق

(مسألة) (فان غاب الزوجان أو أحدهما لم ينقطع نظر الحَكَمَيْنِ على الرواية الاولى وينقطع على الثانية ، وان جئنا انقطع نظرها على الرواية الاولى ولم ينقطع على الثانية)
اذا غاب الزوجان أو أحدهما بعد بحث الحَكَمَيْنِ جاز لهما امضاء رأيهما إن قلنا انهما وكيلان لان الوكالة لا تبطل بالغيبه ، وان قلنا انهما حَكَمَانِ لم يجوز لهما امضاء الحكم لان كل واحد من الزوجين محكوم له وعليه والقضاء للغائب لا يجوز الا أن يكونا قد وكلهما فيفعلان ذلك بحكم التوكيل لا بالحكم ، وان كان أحدهما قد وكل جاز لو كيله فعل ما وكله فيه مع غيبته ، وان جن أحدهما بطل حكم وكيله لان الوكالة تبطل بجنون الموكل ولا تبطل اذا قلنا انهما حاكمان لان الحاكم يحكم على الجنون . وذكر شيخنا في كتاب المغني أنه لا يجوز له الحكم أيضاً لان من شرط ذلك بقاء الشقاق وحضور المتداعيين ولا يتحقق ذلك مع الجنون .

(فصل) فان شرط الحَكَمَانِ شرطاً أو شرطه الزوجان لم يلزم مثل أن يشترطا ترك بعض النفقة والتقسم لم يلزم الوفاء به لانه اذا لم يلزم برضى الموكلين فبرضى الوكيلين أولى ، وان أبرأ وكيل المرأة من الصداق أو دين لها لم يبرأ الزوج إلا في الخلع ، وإن أبرأ وكيل الزوج من دين له أو من الرجل إن لم ترض الزوجة لانهما وكيلان فيما يتعلق بالاصلاح لا في اسقاط الحقوق

﴿ كتاب الخلع ﴾

﴿ مسألة ﴾ قال (والمرأة إذا كانت مبغضة للرجل وتكره أن تمنعه ما تكون عاصية بمنعه فلا بأس أن تقتدي بنفسها منه)

وجملة الامر أن المرأة إذا كرهت زوجها لخلقها أو خلقه أو دينه أو كبره أو ضعفه أو نحو ذلك وخشيت أن لا تؤدي حق الله في طاعته جاز لها أن تخالعه بعوض تقتدي به نفسها منه لقول الله تعالى (فان خفتم أن لا يقبها حدود الله فلا جناح عليهما فيما اقتدت به) وروي أن رسول الله ﷺ خرج إلى الصبح فوجد حبيبة بنت سهل عند بابه في الغلس فقال رسول الله ﷺ « ما شأنك ؟ قالت لا أنا ولا ثابت لزوجها فلما جاء ثابت قال له رسول الله ﷺ هذه حبيبة بنت سهل قد ذكرت ما شاء الله أن تذكر وقالت حبيبة يا رسول الله ﷺ كلما أعطاني عندي فقال رسول الله ﷺ لثابت بن قيس خذ منها فأخدمها وجلست في أهلها وهذا حديث صحيح ثابت الاسناد رواه الأئمة مالك وأحمد وغيرهما وفي رواية البخاري قال جاءت امرأة ثابت بن قيس إلى النبي ﷺ فقالت يا رسول الله ما أنعم على ثابت في دين ولا خلق إلا أنني أخاف الكفر فقال رسول الله ﷺ « أتدين عليه حديثه ؟ » فقالت نعم فردتها عليه وأمره ففارقها وفي رواية فقال له « اقبل الحديقة وطلتها تطليقة » وبهذا قال جميع الفقهاء بالحجاز والشام

﴿ كتاب الخلع ﴾

﴿ مسألة ﴾ (وإذا كانت المرأة مبغضة للرجل وتخشى أن لا تقيم حدود الله في حقها فلا بأس أن تقتدي بنفسها منه)

وجملة ذلك أن المرأة إذا كرهت زوجها لخلقها أو خلقه أو دينه أو كبره أو ضعفه أو نحو ذلك (وخشيت أن لا تؤدي حق الله في طاعته جاز لها أن تخالعه على عوض تقتدي به نفسها منه لقول الله تعالى فان خفتم ألا يقبها حدود الله فلا جناح عليهما فيما اقتدت به) وروي أن رسول الله ﷺ خرج إلى الصبح فوجد حبيبة بنت سهل عند بابه في الغلس فقال رسول الله ﷺ « ما شأنك ؟ » قالت لا أنا ولا ثابت فلما جاء ثابت قال له رسول الله ﷺ هذه حبيبة بنت سهل فذكرت ما شاء الله أن تذكر وقالت حبيبة يا رسول الله ﷺ كلما أعطاني عندي فقال رسول الله ﷺ لثابت بن قيس خذ منها « فأخدمها وجلست في أهلها وهذا حديث صحيح ثابت الاسناد رواه الأئمة مالك وأحمد وغيرهما وفي رواية البخاري قال جاءت امرأة ثابت بن قيس إلى النبي ﷺ فقالت يا رسول الله ما أنعم على ثابت في دين ولا خلق إلا أنني أخاف الكفر فقال رسول الله ﷺ « أتدين عليه حديثه ؟ » قالت نعم فردتها عليه وأمره ففارقها ، وفي رواية فقال له « اقبل الحديقة

قال ابن عبد البر ولا نعلم أحداً خالفه إلا بكر بن عبد الله المزني فإنه لم يحزه وزعم أن آية الخلع منسوخة بقوله سبحانه (وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج) الآية وروي عن ابن سيرين وأبي قلابة أنه لا يحل الخلع حتى يجد على بطنها رجلاً لقول الله تعالى (ولا يعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتينكموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة)

ولنا الآية التي تلونها والخبر وأنه قول عمر وعثمان وعلي وغيرهم من الصحابة لم نعرف لهم في عصرهم مخالفاً فيكون إجماعاً ، ودعوى النسخ لا نسمع حتى يثبت تعذر الجمل وأن الآية الناسخة متأخرة ولم يثبت شيء من ذلك ، إذا ثبت هذا فإن هذا يسمى خلعاً لأن المرأة تنخلع من لباس زوجها قال الله تعالى (هن لباس لكم وأنتم لباس لهن) ويسمى اقتداء لأنها تقتدي نفسها بما تبدله قال الله تعالى (فلا جناح عليهما فيما اقتدت به)

(فصل) ولا يفقر الخلع إلى حاكم نص عليه أحمد فقال يجوز الخلع دون السلطان ، وروي البخاري ذلك عن عمر وعثمان رضي الله عنهما ، وبه قال شريح والزهري ومالك والشافعي وإسحاق وأهل الرأي وعن الحسن وابن سيرين لا يجوز إلا عند السلطان

ولنا قول عمر وعثمان ولأنه معارضة فلم يفقر إلى السلطان كالبيع والنكاح ، ولأنه قطع عقد بالتراضي أشبه الاقالة

(فصل) ولا بأس بالخلع في الحيض والطهر الذي أصابها فيه لأن المنع من الطلاق في الحيض من

وطلفها تطليقة ولأن حاجتها داعية إلى فرقه ولا تصل إليها إلا ببذل العوض فأيسح لها ذلك كشراء المناع وبهذا قال جميع الفقهاء بالشام والحجاز قال ابن عبد البر لا نعلم أحداً خالفه إلا بكر بن عبد الله المزني فإنه لم يحزه وزعم أن آية الخلع منسوخة بقوله سبحانه (وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج) الآية وروي عن ابن سيرين وأبي قلابة أنه لا يحل الخلع حتى يجد على بطنها رجلاً لقول الله تعالى (ولا يعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتينكموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة)

ولنا الآية التي تلونها والخبر ولأنه قول عمر وعثمان وعلي وغيرهم من الصحابة ولم يعرف لهم في عصرهم مخالف فيكون إجماعاً ودعوى النسخ لا نسمع حتى يثبت تعذر الجمع وأن الآية الناسخة متأخرة ولم يثبت شيء من ذلك إذا ثبت هذا فإنه يسمى خلعاً لأن المرأة تنخلع من لباس زوجها قال الله تعالى (هن لباس لكم وأنتم لباس لهن) ويسمى اقتداء لأنها تقتدي نفسها بما تبدله قال الله تعالى (فلا جناح عليهما فيما اقتدت به)

(فصل) ولا يفقر الخلع إلى حاكم نص عليه أحمد فقال يجوز الخلع دون السلطان ، وروي البخاري ذلك عن عمر وعثمان رضي الله عنهما وبه قال شريح والزهري ومالك والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي وعن الحسن وابن سيرين لا يجوز إلا عند السلطان

أجل الضرر الذي يلحقها بطول العدة والخلع لازالة الضرر الذي يلحقها بسوء العشرة والمقام مع من تكرهه وتبغضه وذلك أعظم من ضرر طول العدة فجاز دفع أعلاهما بأدناهما ولذلك لم يسأل النبي ﷺ المختلعة عن حالها ولان ضرر تطويل العدة عليها والخلع يحصل بسؤالها فيكون ذلك رضا منها به ودليلا على رجحان مصاحبتها فيه

﴿مسئلة﴾ قال (ولا يستحب له أن يأخذ أكثر مما أعطاهما)

هذا القول يدل على صحة الخلع بأكثر من الصداق وأنهما اذا تراضيا على الخلع بشيء صح وهذا قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن عثمان وابن عمر وابن عباس وعكرمة ومجاهد وقيصة بن ذؤيب والنخعي ومالك والشافعي وأصحاب الرأي ويروى عن ابن عباس وابن عمر أنهم قالوا لو اختلعت امرأة من زوجها بميراثها وعقاص رأسها كان ذلك جائزا ، وقال عطاء وطاوس والزهري وعمر بن شعيب لا يأخذ أكثر مما أعطاهما ، وروي ذلك عن علي باسناد منقطع واختاره أبو بكر قال فان فعل رد الزيادة . وعن سعيد بن المسيب قال : ما أرى أن يأخذ كل ماله ولكن ليدع لها شيئا واحتجوا بما روي أن جميلة بنت سلول أنت النبي ﷺ فقالت : والله ما أعيب على ثابت في دين ولا خلق ولكن أكره الكفر في الاسلام لأطيعه بغضا ، فقال لها النبي ﷺ « أتدين عليه حديثه ؟ » قالت نعم ، فأمره النبي ﷺ أن يأخذ منها حديثه ولا يزداد . رواه ابن ماجه ولانه بدل في مقابلة فسخ فلم يزد على قدره في ابتداء العقد كالموض في الاقالة

ولنا قول عمر وعثمان ولانه معاوضة فلم يقتقر الى السلطان كالبيع والنكاح ولانه قطع عقد بالتراضي أشبه الاقالة :

(فصل) ولا بأس به في الحيض والطهر الذي أصابها لان المنع من الطلاق في الحيض لاجل الضرر الذي يلحقها بطول العدة والخلع لازالة الضرر الذي يلحقها بسوء العشرة والمقام مع من تكرهه وتبغضه وذلك أعظم من ضرر طول العدة فجاز دفع أعلاهما بأدناهما ولذلك لم يسأل النبي صلى الله عليه وسلم المختلعة عن حالها ولان ضرر تطويل العدة عليها والخلع يحصل بسؤالها فيكون ذلك رضى منها به ودليلا على رجحان مصاحبتها فيه

﴿مسئلة﴾ (وان خالعه لغير ذلك كره ووقع الخلع وعنه لا يجوز)

أي ان خالعه مع استقامة الحال كره لما ذلك وبصح الخلع في قول أكثر أهل العلم منهم أبو حنيفة والثوري ومالك والاوزاعي والشافعي وعن أحمد ما يدل على تحريمه فانه قال الخلع مثل حديث سهلة تكره الرجل فتعطيه المهر فهذا الخلع وهذا يدل على انه لا يكون الخلع صحيحا الا في هذه الحال وهذا قول ابن المنذر وداد قال ابن المنذر روي معنى ذلك عن ابن عباس وكثير من أهل العلم وذلك لان

ولنا قول الله تعالى (فلا جناح عليهما فيما افتدت به) ولأنه قول من سمينا من الصحابة قالت الربيع بنت معوذ : اختلعت من زوجي بما دون عتاص رأسي فأجاز ذلك عثمان بن عفان رضي الله عنه ومثل هذا يشتهر فلم ينكر فيكون إجماعاً ولم يصح عن علي خلافة فإذا ثبت هذا فإنه لا يستحب له أن يأخذ أكثر مما أعطاه ، وبذلك قال سعيد بن المسيب والحسن والشعبي والحكم وحامد وإسحاق وأبو عبيد فإن فعل جاز مع الكراهة ولم يكرهه أبو حنيفة ومالك والشافعي قال مالك لم أزل أسمع إجازة الفداء بأكثر من الصداق

ولنا حديث جميلة وروي عن عطاء عن النبي ﷺ أنه كره أن يأخذ من المختلة أكثر مما أعطاها رواه أبو حفص بإسناده وهو صريح في الحكم فنجمع بين الآية والخبر فنقول الآية دالة على الجواز والهي عن الزيادة للكراهة والله أعلم

﴿ مسألة ﴾ قال (ولو خالعتة لغير ما ذكرنا كره لها ذلك ووقع الخلع)

في بعض النسخ بغير ما ذكرنا بالباء فيه تمل أنه أراد بأكثر من صداقها وقد ذكرنا ذلك في المسئلة التي قبل هذه ، والظاهر أنه أراد إذا خالعتة لغير بغض وخشية من أن لا تقيم حدود الله لأنه لو أراد الأول لقال كره له فلما قال كره لها دل على أنه أراد مخالعتها والحال عامرة والخلق ملتئمة

الله تعالى قال (ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله) وهذا صريح في التحريم إذا لم يخافا ألا يقيما حدود الله ثم قال (فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به) فدل بمفهومه على أن الجناح لا يحقها فيما افتدت من غير خوف ثم غلط بالوعيد فقال (تلك حدود الله فلا تمتدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون) ، وروى ثوبان قال قال رسول الله ﷺ « أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة » رواه أبو داود وعن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال « الخملعات والمتبرجات هن المنافقات » رواه أبو حفص وأحمد في المسند ، وذكره محتجاً به وهذا يدل على تحريم المخالعة من غير حاجة ولأنه اضطرار واحتج من أجاز به بقوله سبحانه (فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً) قال ابن المنذر لا يلزم من الجواز في غير عقد الجواز في المماوضة بدليل الربا حرمة الله في العقد وأجازه في الهبة قال شيخنا والحجة مع من حرمه وخصوص الآية في التحريم يجب تقديمها في عموم آية الجواز مع ما عضدها من الأخبار

﴿ مسألة ﴾ (فاما ان عضلها لتفدي نفسها منه ففعلت فخلع باطل والعوض مردود والزوجية بجعلها الا أن يكون طلاقاً فيكون رجعيّاً)

يعني بمضلها مضاراً بها بالضرب والتضييق عليها أو منعها حقوقها من النفقة والتقسم ونحو ذلك لتفدي نفسها فإن فعلت فخلع باطل والعوض مردود وروي نحو ذلك عن ابن عباس وعطاء ومجاهد والشعبي

فانه يكره لها ذلك فان فعلت صح الخلع في قول أكثر أهل العلم منهم أبو حنيفة والثوري ومالك والاوزاعي والشافعي ، ويحمل كلام أحمد تحريمه فانه قال الخلع مثل حديث سہلة تكره الرجل فتعطيه المهر ، فهذا الخلع ، وهذا يدل على أنه لا يكون الخلع صحيحا الا في هذه الحال وهذا قول ابن المنذر وداود ، وقال ابن المنذر وروى معنى ذلك عن ابن عباس وكثير من أهل العلم ، وذلك لان الله تعالى قال (ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا الا أن يخافا أن لا يقيما حدود الله فان ختم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افدت به) فدل بمفهومه على أن الجناح لا يحق بهما إذا افدت من غير خوف ثم غلظ بالوعيد فقال (تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون) وروى ثوبان قال قال رسول الله ﷺ « أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة » رواه أبو داود ، وعن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال « المختلعات والمختلعات من المناقات » رواه أبو حنص ورواه أحمد في المسند وذكره محتجا به ، وهذا يدل على تحريم المخالعة لغير حاجة ولانه إضرار بها وبزوجها وإزالة لمصالح النكاح من غير حاجة فحرم لقوله عليه السلام « لا ضرر ولا ضرار » واحتج من أجازه بقول الله سبحانه (فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا) قال ابن المنذر لا يلزم من الجواز في غير عقد الجواز في المعاوضة بدليل الربا حرمة الله في

والقاسم بن محمد وعروة وعمرو بن شعيب وحامد بن عبد الرحمن والزهري وبه قال مالك والنخعي والثوري والشافعي وإسحاق وقال أبو حنيفة العقد صحيح والعوض لازم وهو آثم عاص ولنا قول الله تعالى (لا يحل لكم أن ترثوا النساء كرهاً ولا تفضلوهن لنذهبوا ببعض ما آتيتموهن) ولانه عوض أكرهت على بذله بغير حق فلم يستحق كالثلث في البيع والاجر في الاجارة وإذا لم يملك العوض وقتنا الخلع طلاق ووقع الطلاق بغير عوض فان كان أقل من ثلاث فله رجعتها لان الرجعة انما سقطت بالعوض فاذا سقط العوض ثبتت الرجعة ، وان قلنا هو فسخ ولم ينوبه الطلاق لم يقع شيء لان الخلع بغير عوض لا يقع على إحدى الروايتين ، وعلى الرواية الاخرى انما رضي بالفسخ ههنا بالعوض فاذا لم يحصل العوض فقال مالك ان أخذ منها شيئا على هذا الوجه رده ومضى الخلع عليه ويتخرج لنا مثل ذلك اذا قلنا يصح الخلع بغير عوض فاما ان ضربها على نشوزها أو منعها حقها لم يحرم خلعها لذلك لان ذلك لا يمنعها ان لا يخافا الا يقيما حدود الله وفي بعض حديث حبيبة أنها كانت تحت ثابت بن قيس فضربها فكسر ضلعها فأتى النبي ﷺ فدعى النبي صلى الله عليه وسلم ثابتاً فقال « خذ بعض مالها وفارقها » ففعل رواه أبو داود وهكذا لو ضربها ظلماً لسوء خلقه أو غيره لا يريد بذلك أن تقتدي بنفسها لم يحرم عليه مخالعتها لانه لم يعضلها ليذهب ببعض الذي آتاها ولكن عليه أثم الظلم

(فصل) فان أتت بفاحشة فعضلها لتقتدي نفسها منه ففعلت صح الخلع لقول الله تعالى (ولا تعضلوهن

العقد وأباحه في الهبة والحبة مع من حرمة وخصوص الآية في التحريم يجب تقديمه على عموم آية الجواز مع ما عضدها من الاخبار والله أعلم

(فصل) فأما ان عضل زوجته وضاربها بالضرب والتضييق عليها أو منعها حقوقها من النفقة والقسم ونحو ذلك لفتدي نفسها منه نفقات فالخلع باطل والعوض مردود روي ذلك عن ابن عباس وعطاء ومجاهد والشعبي والنخعي والقاسم بن محمد وعروة وعمرو بن شعيب وحيد بن عبد الرحمن والزهري وبه قال مالك والثوري وقتادة والشافعي وإسحاق، وقال أبو حنيفة: العقد صحيح والعوض لازم وهو آثم عاص ولنا قول الله تعالى (ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً الا أن يخافا أن لا يقيما حدود الله) وقال الله تعالى (لا يحل لكم أن ترثوا النساء كرها ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن) ولانه عوض أكرهن على بذله بغير حق فلم يستحق كالتن في البيع والاجر في الاجارة، واذا لم يملك العوض وقبلنا الخلع طلاق وقع الطلاق بغير عوض فان كان أقل من ثلاث فله رجعتها لان الرجعة انما سقطت بالعوض فاذا سقط العوض ثبتت الرجعة، وان قلنا هو فسخ ولم ينو به الطلاق لم يقع شيء لان الخلع بغير عوض لا يقع على احدى الروايتين، وعلى الرواية الاخرى انما رضي بالفسخ ههنا بالعوض فاذا لم يحصل له العوض لا يحصل المعوض

وقال مالك ان أخذ منها شيئاً على هذا الوجه رد، وبضى الخلع عليه ويتمخرج لنا مثل ذلك اذا قلنا يصح الخلع بغير عوض

لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن الا أن يأتين بفاحشة مبينة) والاستثناء من النهي اباحة ولائها متى زنت لم يأمن أن تلحق به ولداً من غيره وتفسد فراشه فلا تقيم حدود الله في حقه فتدخل في قول الله تعالى (فان خفتم الا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما اقتدت به) وهذا أحد قولي الشافعي والقول الآخر لا يجوز لانه عوض أكرهت عليه أشبه ماله لم تزن والعمل بالنص أولى

﴿مسئلة﴾ ويصح الخلع من كل زوج يصح طلاقه مسلماً كان أو ذمياً لانه اذا ملك الطلاق وهو مجرد إسقاط من غير تحصيل شيء فلان يملكه محملاً للعوض أولى

﴿مسئلة﴾ (فان كان محجوراً عليه دفع المال الى وليه لان ولي المحجور عليه هو الذي يقبض حقوقه وأمواله وهذا من حقوقه

﴿مسئلة﴾ (وان كان تبداً دفع الى سيده لانه للسيد لسكونه من اكتساب عبده واكتسابه له) وإن كان مكانياً دفع العوض اليه لانه يملك اكتسابه وهو الذي يتصرف لنفسه، وقال القاضي يصح القبض من كل من يصح خلعه فعلى قوله يصح قبض العبد والمحجور عليه لان من صح خلعه صح قبضه للعوض كالمحجور عليه لفلس واحتج بقول احمد مملوك العبد من خلعه فهو لسيدته وان استهلكه لم يرجع على الواهب والختلعة بشيء والمحجور عليه في معنى العبد والاولى أنه لا يجوز لان العوض في

(فصل) فأما ان ضربها على نشوزها ومنعها حقها لم يحرم خلعها لذلك لان ذلك لا يمنعها أن لا يخافا أن لا يقيما حدود الله ، وفي بعض حديث حبيبة أنها كانت تحت ثابت بن قيس فضربها فكسر ضلعها فأنت النبي ﷺ فدعى النبي ﷺ ثابثا فقال « خذ بعض مالها وفارقها ففعل » رواه أبو داود وهكذا لو ضربها ظمها لسوء خلقه أو غيره لا يريد بذلك أن تقتدي نفسها لم يحرم عليه مخالعتها لانه لم يعرضها ليعرض ما آتاها ولكن عليه إثم الظلم

(فصل) فان أتت بفاحشة فعرضها لنفسها منه ففعلت صح الخلع لقول الله تعالى (ولا تعرضوهن لئلا يفتنوهن) ما آتيتوهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة (والاستثناء من النهي بإباحة ولائها متى زنت لم يأن أن تلحق به ولد آمن غيره وتفسد فراشه فلا تقيم حدود الله في حقه فتدخل في قول الله تعالى (فان خفتم أن لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما اقتدت به) وهذا أحد قولي الشافعي ، والقول الآخر لا يصح لانه عوض أكرهت عليه أشبهه ما لو لم تزن والنص أولى

(فصل) اذا خالع زوجته أو بارأها بعوض فانها يتراجمان بما بينهما من الحقوق فان كان قبل الدخول فلها نصف المهر ، وان كانت قبضته كله ردت نصفه ، وإن كانت مفوضة فلها النعمة ، وهذا قول عطاء ، والزهري والشافعي ، وقال أبو حنيفة ذلك براءة لكل واحد منهما مما لصاحبه عليه من المهر ، وأما الديون التي ليست من حقوق الزوجية فعنه فيها روايتان . ولا تسقط النفقة في المستقبل لانها ما وجبت بعد

الخلع لسيد العبد فلا يجوز دفعه الى غير من هوله من غير اذن مالكة والعوض في خلع المحجور عليه ملك له الا انه لا يجوز تسليمه اليه لان الحجر أفاد منعه من التصرف وكلام أحمد محمول على ما أتلفه العبد قبل تسليمه على أن عدم الرجوع عليها لا يلزم منه جواز الدفع اليه فانه لو رجع عليها لرجعت على العبد وتعلق حقها برقبته وهي ملك لسيد فلا فائدة في الرجوع عليها بما يرجع به فيما له وان سلمت العوض الى المحجور عليه لم يبرأ فان اخذه الولي منه برئت وان أتلفه أو تلف كان لوليه الرجوع عليها به

(مسألة) (وهل اللاب خلع ابنته الصغير أو طلاقها ؟ على روايتين)

(إحداهما) له ذلك قال أحمد في رجلين زوج احدهما ابنة بانية الآخر وهما صغيران ثم إن الابوين كرها هل لها أن يفسخا ؟ قال قد اختلف في ذلك وكأثره رأه قال أبو بكر لم يبلغني عن أبي عبد الله في هذه المسئلة الا هذه الرواية فيخرج على قولين (أحدهما) يملك ذلك وهو قول عطاء وقنادة لانها ولاية يستفيد بها تملك البضع فجاز ان يملك بها إزالته اذا لم يكن متعها كالخاكم يملك الطلاق على الصغير والمجنون والاعسار وتزويج الصغير ، والقول الآخر لا يملك ذلك وهو قول أبي حنيفة والشافعي ومالك لقول

ولنا أن المهر حق لا يسقط بالخلع إذا كان بإفظ الطلاق فلا يسقط بإفظ الخلع والمباراة كسائر الديون ونفقة العدة إذا كانت حاملاً، ولأن نصف المهر الذي يصير له لم يجب له قبل الخلع فلم يسقط بالمباراة كنفقة العدة، والنصف لها لا يبرأ منه بقولها بارتك لان ذلك يقتضي براءتها من حقوقه لا براءته من حقوقها

(مسئلة) قال (والخلع فسخ في إحدى الروايتين، والاخرى أنه تطليقة بائنة)

اختلفت الرواية عن أحمد في الخلع في إحدى الروايتين أنه فسخ، وهذا اختيار أبي بكر وقول ابن عباس وطائفة وطائفة وعكرمة واسحاق وأبي ثور وأحد قولي الشافعي (والرواية الثانية) أنه طلاق بائنة، روي ذلك عن سعيد بن المسيب والحسن وعطاء وقيصة وشريح ومجاهد وأبي سلمة بن عبد الرحمن والنخعي والشعبي والزهرري ومكحول وابن أبي نجيح ومالك والاوزاعي والثوري وأصحاب الرأي وقد روي عن عثمان وعلي وابن مسعود لكن ضعف أحمد الحديث عنهم وقال: ليس في الباب شيء، أصح من حديث ابن عباس أنه فسخ، واحتج ابن عباس بقوله تعالى (الطلاق مرتان) - ثم قال - فلا جناح عليهما فيما افتدت به - ثم قال - فان طلقها فلا تجل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره (فذكر تطليقتين والخلع وتطليقة بعدها فلو كان الخلع طلاقاً لكان أربها ولا لها فرقة خلت عن صريح الطلاق ونيته فكانت فسخاً كسائر الفسوخ، ووجه الثانية أنها بذلت العوض للفرقة، والفرقة التي يملك

النبي صلى الله عليه وسلم «إنما الطلاق لمن أخذ بالساق» رواه ابن ماجه وعن عمر أنه قال إنما الطلاق لمن يحل له الفرج ولأنه إسقاط لحقه فلم يملكه كالإبراء من الدين وإسقاط النقاص ولأن طريقه الشهوة فلم يدخل في الآية والقول في زوجة عبده الصغير كالقول في زوجة ابنه الصغير لانه في معناه فأما غير الأب فليس تطليق امرأة المولى عليه سواء كان ممن يملك التزويج كوطء الأب والحاكم على قول ابن حامد أو لا يملكه لانعلم في هذا خلافاً

(مسئلة) (وليس له خلع ابنته الصغيرة بثيء من مالها)

لانه إنما ملك التصرف بمالها فيه الحظ وليس في هذا حظ بل فيه إسقاط نفقتها وكسوتها وبذل مالها ويحتمل ان يملك ذلك اذا رأى الحظ فيه فانه يجوز ان يكون لها الحظ فيه بتخليصها ممن يتلف مالها وتتحاف منه على نفسها وعقلها ولذلك لم يعد بذل المال في الخلع تبذيراً ولا سفهاً فيجوز له بذل مالها لتحصيل حفظها وحظ نفسها ومالها كما يجوز له بذله في مداواتها وفكسها من الاسر، وهذا مذهب مالك والأب وغيره من أوليائها في هذا سواء إذا خالعوها في حق الجنونة والمجور عليها للسفه والصغر فأما ان خالعه بثيء من ماله جاز لانه يجوز من الاجنبي فن الولي أولى

(مسئلة) (ويصح الخلع مع الزوجة)

وقد ذكرناه ويصح مع الاجنبي بغير اذن المرأة مثل ان يقول الاجنبي للزوج طلق امرأتك بألف

الزوج إيقاعها هي الطلاق دون الفسخ فوجب أن يكون طلاقاً ولأنه أتى بكناية الطلاق قاصداً فراقها فكان طلاقاً كغير الخلع وفائدة الروايتين أنا إذا قلنا هو طلقة فخالعها مرة حسبت طلقة فينقص بها عدد طلاقه ، وإن خالعها ثلاثاً طلقت ثلاثاً فلا تحل له من بعد حق تنكح زوجاً غيره وإن قلنا هو فسخ لم تحرم عليه ، وإن خالعها مائة مرة ، وهذا الخلاف فيما إذا خالعها بغير لفظ الطلاق ولم ينو ، فاما إن بذات له العوض على فراقها فهو طلاق لا اختلاف فيه ، وإن وقع بغير لفظ الطلاق مثل كنيات الطلاق أو لفظ الخلع والمفاداة ونحوهما ونوى به الطلاق فهو طلاق أيضاً لأنه كناية نوى الطلاق فكانت طلاقاً كما لو كان بغير عوض فإن لم ينو به الطلاق فهو الذي فيه الروايتان والله أعلم

(فصل) وألفاظ الخلع تنقسم الى صريح وكناية فالصريح ثلاثة ألفاظ خالعتك لأنه ثبت له العرف والمفاداة لأنه ورد به القرآن بقوله سبحانه (فلا جناح عليهما فيما افئتت به) وفسخت نكاحك لأنه حقيقة فيه فإذا أتى بأحد هذه الألفاظ وقع من غير نية ، وما عدا هذه مثل بارأئك وأبرأتك وابتكت فهو كناية لأن الخلع أحد نوعي الفرقة فكان له صريح وكناية كالطلاق ، وهذا قول الشافعي إلا أن له في لفظ الفسخ وجهين فإذا طلبت الخلع وبذات العوض فأجابها بصريح الخلع وكنايته صح من غير نية لأن دلالة الحال من سؤال الخلع وبذل العوض صارفة اليه فأغني عن النية فيه ، وإن لم يكن

علي وهذا قول أكثر أهل العلم وقال أبو ثور لا يصح لأنه سفه فانه يبذل عوضاً في مقابلة مالا ، نفعه له فيه فإن الملك لا يحصل له فأشبهه ما لو قال بع عبدك لزيد بألف علي

ولنا أنه بذل في إسقاط حق عن غيره فصح كما لو قال اعتق عبدك وعلي ثمنه ولا ندلو قال ألق متاعك في البحر وعلي ثمنه صح وزمه ثمنه مع أنه لا يسقط حقاً عن أحد فهنا أولى ولأنه حق على المرأة يجوز أن يسقطه عنها بعوض فجاز لغيرها كالدين وفارق البيع فانه تمليك فلا يجوز بغير رضى من ثبت له الملك وإن قال طلق امرأتك بمهرها وأنا ضامن له صح ويرد عليه بمهرها .

﴿ مسألة ﴾ (ويصح بذل العوض فيه من كل جائز التصرف لأنه بذل عوض في عقد معاوضة أشبه البيع)

(فصل) إذا قالت له امرأته طلقني وضررتي بألف وطلقها وقع الطلاق بهما بائناً واستحق الألف على باذله لأن الخلع من الاجنبي جائز وإن طلق احداها فقال القاضي تطلق طلاقاً بائناً وتلزم الباذلة بحصتها من الألف وهذا مذهب الشافعي إلا أن بعضهم قال يلزمها مهر مثل المطلقة . وقياس قول أصحابنا فيما إذا قالت طلقني ثلاثاً بألف فطلقها واحدة لم يلزمها شيء ووقعت بها التطليقة إنما لا يلزم الباذلة ههنا شيء لأنه لم يجبهما الى ما سألت فلم يجب عليها ما بذلت ولأنه قد يكون غرضها في ينوئتهما جميعاً منه فإذا طلق احداها لم يحصل غرضها فلا يلزمها عوضها

(فصل) فإن قالت طلقني بألف علي أن تطلق ضررتي فالخلع صحيح والشرط والبذل لازم . قال الشافعي الشرط والعوض باطلان ويرجع الى مهر المثل لأن الشرط سلف في الطلاق والعوض

دلالة حال فأني بصريح الخلع وقع من غيرنية سواء قلنا هو فسخ أو طلاق، ولا يقع بالكناية إلا بنية ممن تلفظ به منهما ككنايات الطلاق مع صريحه والله أعلم

(فصل) ولا يحصل الخلع بمجرد بذل المال وقبوله من غير لفظ الزوج قال القاضي هذا الذي عليه شيوخنا البغداديون وقد أوما إليه أحمد وذهب أبو حفص العكبري وابن شهاب إلى وقوع الفرقة بقبول الزوج للعوض وأفتى بذلك ابن شهاب بهكبرا واعترض عليه أبو الحسين بن هرمز واستفتي عليه من كان ببغداد من أصحابنا فقال ابن شهاب الخنعة على وجهين : مستبرئة ومفتدية ، فالمفتدية هي التي تقول لأنا ولا أنت ولا أبرك قسما وأنا أفتدي نفسي منك فإذا قبل الفتدية وأخذ المال انفسخ النكاح لأن اسحاق بن منصور روى قال قلت لأحمد كيف الخلع ؟ قال إذا أخذ المال فهي فرقة ، وقال إبراهيم النخعي أخذ المال تطليقة بآئنة ونحو ذلك عن الحسن وعن علي رضي الله عنه من قبل مالا على فراق فهي تطليقة بآئنة لارحمة لها فيها ، واحتج بقول النبي ﷺ لجميلة « أتريدن عليه حديقته ؟ » قالت نعم ففرق رسول الله ﷺ بينهما وقال « خدما أعطيتها ولا تزدد ولم يستدع منه لفظا » ولأن دلالة الحال تعني عن اللفظ بدليل ما لو دفع ثوبه إلى قصار أو خياط معروفين بذلك فعمله استحقاق الاجرة وإن لم يشترطا عوضاً

ولنا أن هذا أحد نوعي الخلع فلم يصح بدون اللفظ كما لو سأته أن يطلقها بعوض، ولأنه تصرف

نقضه في مقابلة الشرط الباطل فيكون الباقي مجهولا وقال أبو حنيفة الشرط باطل والعوض صحيح لأن العقد يستقل بذلك العوض .

ولنا أنها بذات عوضاً في طلاقها وطلاق ضررها نصح كما لو قالت طلقني وضرتي بألف فإن لم يف لها بشرطها فعليه الأقل من المسمى أو الألف الذي شرطته ويحتمل ألا يستحق شيئاً من العوض لأنها إنما بذلته بشرط لم يوجد فلم يستحقه كما لو طلقها بغير عوض

﴿ مسألة ﴾ (فإن خالعتها أمة على شيء معلوم بغير إذن سيدها كان في ذمتها تتبع به بعد العتق) الخلع مع الأمة صحيح سواء كان باذن سيدها أو بغير إذنه لأن الخلع يصح مع الأجنبية فمع الزوجة أولى ويكون طلاقها على عوض بائنا والخلع معها كالخلع مع الحرة سواء فإن كان الخلع بغير إذن سيدها على شيء في ذمتها فإنه يتبعها إذا عتقت لأنه رضي بذمتها وإن كان على عين فقال الحرقي إنه يثبت في ذمتها مثله أو قيمته إن لم يكن مثلياً لأنها لا تملك العين وما في يدها من شيء فهو لسيدها فيلزمها كمالها خالعتها على عبد فخرج حراً أو مستحقاً وقياس المذهب أنه لا شيء له لأنه إذا خالعتها على عين وهو يعلم أنها أمة فقد علم أنها لا تملك العين فيكون راضياً بغير عوض فلا يكون له شيء كما لو قال خالعتك على هذا المنصوب أو هذا الحر وكذلك ذكر القاضي في المجرد فقال هو كالخلع على المنصوب لأنها لا تملكها وهذا قول مالك وقال الشافعي يرجع عليها بمهر المثل كقوله في الخلع على الحر والمنصوب

في البضع بعوض فلم يصح بدون اللفظ كالتكاح والطلاق ، ولأن أخذ المال قبض لعوض فلم يقيم بمجرد مقام الإيجاب كقبض أحد العوضين في البيع ، ولأن الخلع إن كان طلاقاً فلا يقع بدون صريحه أو كنايةه وإن كان فسخاً فهو أحد طرفي عقد التكاح فيعتبر فيه اللفظ كابتداء العقد . وأما حديث جميلة فقد رواه البخاري « قبل الحديقة وطلقة تطليقة » وهذا صريح في اعتبار اللفظ ، وفي رواية فأمره ففارقتها ومن لم يذكر الفرقه فلما اقتصر على بعض القصة بدليل رواية من روى الفرقه والطلاق فإن القصة واحدة والزيادة من الثقة مقبولة وبطل على ذلك أنه قال ففرق النبي ﷺ بينهما وقال « خذ ما أعطيتها » فجعل التفريق قبل العوض ونسب التفريق إلى النبي ﷺ ، ومعلوم أن النبي ﷺ لا يباشر التفريق فدل على أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر به وأهل الراوي استغنى بذكر العوض عن ذكر اللفظ لأنه معلوم منه . وعلى هذا يحمل كلام أحمد وغيره من الأئمة ولذلك لم يذكروا من جانبها لفظاً ولا دلالة حال ولا بد منه اتفاقاً

﴿ مسألة ﴾ قال (ولا يقع بالمعتدة من الخلع طلاق ولو واجهها به)

وجه ذلك أن المختلعة لا يخلعها طلاق بحال وبه قال ابن عباس وابن الزبير وعكرمة وجابر بن

ويمكن حمل كلام الحارثي على أنها ذكرت لزوجها أن سيدها أذن لها في ذلك ولم تكن صادقة أو جهل أنها لا تملك العين أو يكون اختياره فيما إذا خالعا على مغضوب أنه يرجع عليها بقيمتها ويكون الرجوع عليها في حال عتقها لأنه الوقت الذي يملك فيه كالمعسر يرجع عليه في حال يساره ويرجع بقيمتها أو مثله لأنه مستحق بعد تسليمه مع بقاء سبب الاستحقاق فوجب الرجوع بمثله أو قيمته كالمغضوب

(فصل) فإن كان الخلع باذن السيد تعلق العوض بذمته في قياس المذهب كما لو أذن لعبده في أن يستدين ويحتمل أن يتعلق برقة الأمة بناء على استئذانها باذن سيدها وإن خالعتها على معين باذن السيد فيه ملكه وإن أذن في قدر من المال خالعت بأكثر منه فالزيادة في ذمتها وإن أطلق الاذن اقتضى الخلع بالمسمى لها فإن خالعت به أو بما دونه لزم السيد وإن كان بأكثر منه تعلقت الزيادة بذمتها كما لو عين لها قدرأ فخالعت بأكثر منه وإن كانت مأذوناً لها في التجارة سلمت العوض بما في يدها

(فصل) والحكم في المكتوبة كالحكم في الأمة القن سواء لأنها لا تملك التصرف فيما في يدها تبرع وما لا حظ فيه وبذل المال في الخلع لا فائدة فيه من حيث تحصيل المال بل فيه ضرر بسقوط نفقتها وبعض مهرها إن كانت غير مدخول بها وإذا كان الخلع بغير اذن السيد فالعوض في ذمتها يتبعها به بعد العتق وإن كان باذن السيد سلمته بما في يدها وإن لم يكن في يدها شيء فهو على سيدها

﴿ مسألة ﴾ (وإن خالعتها المحجور عليها لم يصح الخلع ووقع طلاقه رجعيّاً أما المحجور عليها للفلس

فيصح خلعها وبذلها للعوض)

زيد والحسن والشعبي ومالك والشافعي وإسحاق وأبو ثور، وحكي عن أبي حنيفة أنه يلحقها الطلاق الصريح المعين دون الكناية والطلاق المرسل وهو أن يقول كل امرأة لي طالق وروي نحو ذلك عن سعيد بن المسيب وشريح وطاوس والنخعي والزهري والحكم وحامد والثوري لما روي عن النبي ﷺ أنه قال «الخنعة يلحقها الطلاق مادامت في العدة»

ولنا أنه قول ابن عباس وابن الزبير ولا نعرف لهما مخالفاً في عصرهما، ولانها لا تحل له إلا بنكاح جديد فلم يلحقها طلاقه كالمطقة قبل الدخول أو المنقضية عدتها، ولانه لا يملك بضعها فلم يلحقها طلاقه كالأجنبية ولانها لا يقع بها الطلاق المرسل ولا تطلق بالكناية فلم يلحقها الصريح المعين كقبل الدخول ولا فرق بين أن يواجهها به فيقول أنت طالق أو لا يواجهها به مثل أن يقول فلانة طالق وحديثهم لا نعرف له أصلاً ولا ذكره أصحاب السنن

(فصل) ولا يثبت في الخلع رجعة سواء قلنا هو فسخ أو طلاق في قول أكثر أهل العلم منهم الحسن وعطاء وطاوس والنخعي والثوري والأوزاعي ومالك والشافعي وإسحاق وحكي عن الزهري وسعيد بن المسيب أنهما قالوا الزوج بالخيار بين إمساك العوض ولا رجعة له وبين رده وله الرجعة وقال أبو ثور إن كان الخلع بلفظ الطلاق فله الرجعة لأن الرجعة من حقوق الطلاق فلا تسقط بالعوض كالولا، مع العتق.

لأن لها ذمة يصح تصرفها فيها ويرجع عليها بالعوض إذا أيسرت وفك الحجر عنها وليس له مطالبتها في حال حجرها كما لو استدانت منه أو باعها شيئاً في ذمتها وأما المحجور عليها لفسه أو صغر أو جنون فلا يصح بذل العوض منها في الخلع لانه تصرف في المال وليس هي من أهله وسواء أذن فيه الولي أو لم يأذن لانه ليس له الأذن في التبرعات وهذا كالتبرع وفارق الأمانة لانها أهل للتصرف تصح منها الهبة وغيرها من التبرعات باذن سيدها وفارق المفلسة لانها من أهل التصرف فان خالع المحجور عليها بلفظ يكون طلاقاً فهو طلاق رجعي ولا يستحق عوضاً وإن لم يكن اللفظ مما يقع به الطلاق كان كالخلع بغير عوض. ويحتمل أن لا يقع الخلع ههنا لانه إنما رضي به بعوض ولم يحصل له ولا أمكن الرجوع ببذله

(مسئلة) (والخلع طلاق بائن إلا أن يقع بلفظ الخلع أو الفسخ والمفاداة ولا ينوي به الطلاق فيكون فسخاً لا ينقص به عدد الطلاق في أحدي الروايتين (والأخرى) هو طلاق بائن بكل حال) اختلفت الرواية عن أحمد في الخلع إذا لم ينو به الطلاق فروي عنه أنه فسخ اختياره أبو بكر وروي ذلك عن ابن عباس وطاوس وعكرمة وإسحاق وأبي ثور وهو أحد قولي الشافعي وروي عنه أنه طلاق بائنة بكل حال روي ذلك عن سعيد بن المسيب وعطاء والحسن وقبيصة وشريح ومجاهد وأبي سلمة بن عبد الرحمن والنخعي والزهري ومكحول وابن أبي نجيح ومالك والثوري والأوزاعي وأصحاب الرأي

ولنا قوله سبحانه وتعالى (فيما افدت به) وإنما يكون فداء إذا خرجت به عن قبضته وسلطانه وإذا كانت له الرجعة فهي تحت حكمه، ولأن القصد إزالة الضرر عن المرأة فلو جاز ارتجاعها لماد الضرر وفارق الولاء فان العتق لا ينفك منه والطلاق ينفك عن الرجعة فيما قبل الدخول وإذا أكل العدد (فصل) فان شرط في الخلع أن له الرجعة، فقال ابن حامد يبطل الشرط ويصح الخلع وهو قول أبي حنيفة وأحدى الروايتين عن مالك، لأن الخلع لا يفسد بكون عوضه فاسداً فلا يفسد بالشرط الفاسد كالتكاح ولأنه لفظ يقتضي البينة فإذا شرط الرجعة معه بطل الشرط كالطلاق الثلاث ويحتمل أن يبطل الخلع ونثبت الرجعة وهو منصوص الشافعي لأن شرط العوض والرجعة متنافيان فإذا شرطهما سقطا وبقي مجرد الطلاق فنثبت الرجعة بالأصل لا بالشرط ولأنه شرط في العقد ما ينافي مقتضاه فأبطه كما لو شرط أن لا يتصرف في المبيع، وإذا حكمنا بالصحة فقال القاضي يسقط المسمى في العوض، لأنه لم يرض به عوضاً حتى ضم إليه الشرط فإذا سقط الشرط وجب ضم النقصان الذي نقصه من أجله إليه فيصير مجبواً فيسقط ويجب المسمى في العقد ويحتمل أن يجب المسمى لأنهما تراضيا به عوضاً فلم يجب غيره كما لو خلا عن شرط الرجعة

(فصل) فان شرط الخيار لها أوله يوماً أو أكثر وقبالت المرأة صح الخلع وبطل الخيار وبه قال أبو حنيفة فيما إذا كان الخيار للرجل، وقال إذا جعل الخيار للمرأة ثبت لها الخيار ولم يقع الطلاق

وقد روي عن عثمان وعلي وابن مسعود لكن ضعف أحمد الحديث قال ليس لنا في الباب شيء. أصح من حديث ابن عباس أنه فسخ، واحتج ابن عباس بقوله تعالى (الطلاق مرتان) ثم قال فلا جناح عليهما فيما افدت به) ثم قال (فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره فذكر تطليقتين والخلع وتطليقة بعدها فلو كان الخلع طلاقاً لكان رابياً، ولأنه فرقة خلت عن صريح الطلاق ونيته فكان فسخاً كسائر الفسخ، ووجه الرواية الثانية أنها بذلت العوض للفرقة والفرقة التي يملك الزوج إيتاعها هي الطلاق دون الفسخ فوجب أن يكون طلاقاً ولأنه أتى بكناية الطلاق قاصداً فراقها فكان طلاقاً كغير الخلع، وفائدة الخلاف أنها إذا قلنا أنها طلاق فخالها مرة حسبت طلاقاً فنقص بها عدد طلاقه وإن خالها ثلاثاً لم تحل له حتى تنكح زوجاً غيره وإن قلنا هو فسخ لم تحرم عليه وإن خالها مائة مرة، وهذا الخلاف فيما إذا خالها بغير لفظ الطلاق ولم ينوه فأما إن بذلت العوض على فراقها فطلقها فهو طلاق لا اختلاف فيه وكذلك أن وقع بغير لفظ الطلاق مثل كنيات الطلاق أو لفظ الخلع أو المفاداة ونوى به الطلاق فهو طلاق أيضاً لأنه كناية نوى بها الطلاق فكانت طلاقاً كما لو كان بغير عوض، وإن لم ينو به الطلاق فهو الذي فيه الراويان

(فصل) والفاظ الخلع تنقسم إلى صريح وكناية فالصريح ثلاثة الفاظ: خالعك لأنه ثبت له

ولنا أن سبب وقوع الطلاق وجد وهو اللفظ به فوقه كما لو أطلق ومتى وقع فلا سبيل إلى رفعه
 (فصل) نقل منها في رجل قالت له امرأته اجعل أمري بيدي وأعطيك عبيدي هذا فقبض العبد
 وجعل أمرها بيدها وباع العبد قبل أن تقول المرأة شيئا هو له إنما قالت اجعل أمري بيدي وأعطيك
 فقيل له متى شئت تختار ؟ قال نعم ما لم يطاها أو ينقض فجعل له الرجوع ما لم تطلق وإذا رجع فينبغي
 أن ترجع عليه بالعوض لأنه استرجع ما جعل لها فاسترجع منه ما أعطته ، ولو قال إذا جاء رأس الشهر
 فأمرك بيديك ملك أبطال هذه الصفة لأن هذا يجوز الرجوع فيه لو لم يكن معلقا فمعلق أولى كالوكالة
 قال أحمد وأوجعت له امرأته ألف درهم على أن يخبرها فاختارت الزوج لا يرد عليها شيئا ووجهه أن
 الألف في مقابلة تملكه أياها الخيار وقد فعل فاستحق الألف وليست الألف في مقابلة الفرقة
 (فصل) إذا قالت امرأته طلقني بدينار فطاعها ثم ارتدت لزمتها الدينار ووقع الطلاق بائنا ولا تؤثر
 الردة لأنها وجدت بعد البينة ، وإن طلقها بعد ردتها وقبل دخولها بها بانت بالرددة ولم يقع الطلاق لأنه
 صادفها بائنا فإن كان بعد الدخول قلنا إن الردة يفسخ بها النكاح في الحال فكذلك وإن قلنا يقف
 على انقضاء العدة كان الطلاق مراعى فإن أقامت على ردتها حتى انقضت عدتها تبينا أنها لم تكن
 زوجته حين طلقها فلم يقع ولا شيء له عليها وإن رجعت إلى الإسلام بان أن الطلاق صادف زوجة
 فوقم واستحق عليها العوض .

الفرق ، والمفاد أنه ورد به في القرآن بقوله سبحانه (فلا جناح عليهما فيما اقتدت به) وفسخت نكاحك
 لأنه حقيقة فيه فإذا أتى بأحد هذه الإلماظ وقع من غير نية ، وما عدا هذه مثل باريك وأبنتك فهو
 كناية لأن الخلع أحد نوعي الفرقة فكان له صريح وكناية كالطلاق وهذا قول الشافعي إلا أن له في
 لفظ الفسخ وجهين فإذا طلبت وبذلت العوض فاجابها بصريح الخلع أو كنيته صح من غير نية لأن
 دلالة الحال من سؤال الخلع وبذل العوض صارفة إليه فأغنى عن النية فيه ، وإن لم تكن دلالة حالة
 فأنى بصريح الخلع وقع من غير نية سواء قلنا هو فسخ أو طلاق ، ولا تنفع الكناية إلا بنية ممن يلاحظه
 منهما ككنايات الطلاق مع صريحه

(فصل) ولا يحصل الخلع بمجرد بذل المال وقبوله من غير لفظ من الزوج . قال القاضي هذا
 الذي عليه شيوخنا البغداديون ، وقد أومأ إليه أحمد ، وذهب أبو حفص المكي وبني شهاب إلى
 وقوع الفرقة بقبول الزوج للعوض وأفتى بذلك ابن شهاب بهكبر واعترض عليه أبو الحسين بن هرمز
 واستفتى عليه من كان ببغداد من أصحابنا ، فقال ابن شهاب المختلعة على وجهين مستبرئة ومفتدية فالمفتدية
 هي التي تقول لا أنا ولا أنت ولا أبرئك قسما وأنا أفدي نفسي منك فإذا قبل الفتدية وأخذ المال
 انفسخ النكاح لأن اسحاق بن منصور روى عن أحمد قال قالت لأحمد كيف الخلع ؟ قال : إذا أخذ
 المال فبقي فرقة ، وقال إبراهيم النخعي أخذ المال تطليقة بائنة ونحو ذلك عن الحسن وعن علي رضي

﴿ مسألة ﴾ قال (وإذا قالت له اخلعني على ما في يدي من الدراهم ففعل فلم يكن في يدها شيء لزمه ثلاثة دراهم)

وجملة ذلك أن الخلع بالمجهول جائز وله ما جعل له وهذا قول أصحاب الرأي وقال أبو بكر لا يصح الخلع ولا شيء له لانه معاوضة فلا يصح بالمجهول كالبيع وهذا قول أبي ثور وقال الشافعي يصح الخلع وله مهر مثلها لانه معاوضة بالبضم فاذا كان العوض مجهولا وجب مهر المثل كالنكاح ولنا أن الطلاق معنى يجوز تملكه بالشرط فجاز أن يستعق به العوض المجهول كالوصية ، ولأن الخلع اسقاط لحقه من البضم وليس فيه تملك شيء ، والاسقاط تدخله المسامحة ولذلك جاز من غير عوض بخلاف النكاح ، وإذا صح الخلع فلا يجب مهر المثل لانها لم تبذله ولا فوتت عليه ما يوجبها فان خروج البضم من ملك الزوج غير متقوم بدليل ما لو أخرجه من ملكه بردتها او رضاعها لمن يفسخ به نكاحها لم يجب عليها شيء ، ولو قتلت نفسها أو قتلها أجنبي لم يجب للزوج عوض عن نفسها ، ولو وطئت بشبهة او مكرهة لوجب المهر لها دون الزوج ولو طأعت لم يكن للزوج شيء وإنما يتقوم البضم على الزوج في النكاح خاصة وأباح لها افتداء نفسها لحاجتها الى ذلك فيكون الواجب ما رضيت ببذله فأما إيجاب شيء لم ترض به فلا وجه له ، فعلى هذا ان خلعها على ما في يدها من الدراهم صح فان كان

الله عنه من قبل مالا على فراق فهي تطليقة بائنة لارجعة فيها ، واحتج بقول النبي ﷺ « أرددين عليه حديثه ؟ » قالت نعم ففرق رسول الله ﷺ بينهما وقال « خذ ما أعطيتها ولا تزدده » ولم يستدع منه لفظا ولان دلالة الحال تغني عن اللفظ بدليل ما لو دفع ثوبه إلى قصار أو خياط معروفين بذلك فعلمه استحقا الاجر وان لم يشترطا عوضا

ولما أن هذا أحد نوعي الخلع فلم يصح بدون لفظ كما لو سأله أن لا يطلقها بعوض ولانه تصرف في البضم بعوض فلم يصح بدون اللفظ كالنكاح والطلاق ولان أخذ المال قبض بعوض فلم يبق مجردة مقام الإيجاب كقبض أحد العوضين في البيع ولان الخلع ان كان طلاقا فلا يقع بدون صريحه أو كنايةه وان كان فسخا فهو أحد طرفي عقد النكاح ، فيعتبر فيه اللفظ كابتداء العقد ، فأما حديث جميلة فقد رواه البخاري « قبل الحديقة وطلقها تطليقة » وهذا صريح في اعتبار اللفظ ، وفي رواية فأمره بفراقها ومن لم يذكر الفرقة فأما اقتصر على بعض القصة بدليل رواية من روى الفرقة والطلاق فان القصة واحدة والزيادة من اثمة مقبولة وبطل على ذلك أنه قال ففرق النبي ﷺ بينهما وقال « خذ ما أعطيتها » فجعل التفريق قبولا لعوض ونسب التفريق إلى النبي ﷺ ومعلوم أن النبي ﷺ لا يباشر التفريق فدل على أن النبي ﷺ أمر به وأهل الراوي استغنى بذكر العوض عن ذكر اللفظ لانه معلوم منه وعلى هذا يحمل كلام أحمد وغيره من الأئمة ولذلك لم يذكروا من جانبها لفظا ولا دلالة حال ولا بد منه اتفاقا .

في يدها دراهم فهي له ، وان لم يكن في يدها شيء فله عليها ثلاثة نص عليه احمد لانه أقل ما يقع عليه اسم الدراهم حقيقة واظهار دل على ذلك فاستحقة كالموصى له بدراهم ، وان كان في يدها أقل من ثلاثة احتمل أن لا يكون لا غيره لانه من الدراهم وهو في يدها ، واحتمل أن يكون له ثلاثة كاملة لان اللفظ يقتضيها فيما إذا لم يكن في يدها شيء فكذلك إذا كان في يدها

(فصل) والخلع على مجهول ينقسم أقساما (أحدها) أن يخالها على عدد مجهول من شيء غير مختلف كالدنانير والدراهم كاتي يخالها على ما في يدها من الدراهم فهي هذه التي ذكر الخري حكامها (الثاني) أن يكون ذلك من شيء مختلف لا يعظم اختلافه مثل أن يخالها على عبد مطلق أو عبيد أو يقول ان أعطيتني عبدا فأنت طالق فانها تطلق بأي عبد أعطته إياه ويملك بذلك ولا يكون له غيره . وكذلك إن خالته عليه فليس له إلا ما يتبع عليه اسم العبد ، وإن خالته على عبيد فله ثلاثة هذا ظاهر كلام أحمد وقياس قوله وقول الخري في المسئلة التي قبلها ، وقد قال أحمد فيما إذا قال : إذا أعطيتني عبدا فأنت طالق فإذا أعطته عبدا فهي طالق . والظاهر من كلامه ما قلناه ، وقال القاضي له عليها عبد وسط وتأول كلام أحمد على أنها أعطته عبدا وسطا والظاهر خلافه

ولنا أنها خالته على مسمى مجهول فكان له أقل ما يقع عليه الاسم كالموصى له ما في يدها من الدراهم ، ولأنه إذا قال ان أعطيتني عبدا فأنت طالق فاعطته عبدا فقد وجد شرطه فيجب أن يقع

(مسئلة) (ولا يقع بالعدة من الخلع طلاق ولو واجهها به)

وجملة ذلك أن المختلعة لا يلحقها طلاق بحال وبه قال ابن عباس وابن الزبير وعكرمة وجابر بن زيد والحسن والشعبي ومالك والشافعي واسحاق وأبو ثور وحكي عن أبي حنيفة أنه يلحقها الطلاق الصريح المعين دون الكناية والطلاق المرسل وهو أنه يقول كل امرأة لي طالق وروي ذلك عن سعيد ابن المسيب وشريح وطارس والنخعي والزهرري والحكم ومحمد والنوري لما روي عن النبي ﷺ انه قال « المختلعة يلحقها الطلاق مادامت في العدة »

ولنا أنه قول ابن عباس وابن الزبير ولا يعرف لها مخالف في عصرهما ولأنها لا تحل له إلا بنكاح جديد فلم يلحقها طلاقه كالمطابقة قبل الدخول والمنقضية عدتها ولأنه لا يملك بضعها فلم يلحقها طلاقه كلاجنبية ولأنها لا يقع بها الطلاق المرسل ولا تطاق بالكناية فلم يلحقها الصريح كما قبل الدخول ولا فرق بين أن يواجهها به فيقول أنت طالق أو لا يواجهها به مثل أن يقول فلانة طالق وحديثهم لا يعرف له أصل ولا ذكره أهل السنن

(فصل) ولا يثبت في الخلع رجعة سواء قلنا هو فسخ أو طلاق في قول أكثر أهل العلم منهم الحسن وعطاء وطاوس والنخعي والنوري والارزاعي ومالك والشافعي واسحاق وحكي عن الزهرري وسعيد بن المسيب أنهما قلنا الزوج بالخيار بين إمساكه العوض ولا رجعة له وبين رده وله الرجعة

الطلاق كما لو قال ان رأيت عبدا فانت طالق ولا يلزمها أكثر منه لانها لم تلزم له شيئا فلا يلزمها شيء كما لو طلقها بغير خلع

(الثالث) أن يخالها على مسمى تعظم الجهالة فيه مثل أن يخالها على دابة أو بعير أو بقرة أو ثوب أو يقول ان أعطيتني ذلك فانت طالق فالواجب في الخلع ما يقع عليه الاسم من ذلك ويقم الطلاق بها اذا أعطته اياه فيما اذا علق طلائها على عطيته اياه ولا يلزمها غير ذلك في قياس ما قبلها ، وقال القاضي وأصحابه من الفقهاء ترد عليه ما أخذت من صداقها لانها فوتت البضع ولم يحصل له العوض لجهالته فوجب عليها قيمة ما فوتت وهو المهر

ولما ما تقدم ولائها ما التزمت له المهر المسمى ولا مهر المثل فلم يلزمها كما لو قال ان دخلت الدار فانت طالق ، ولان المسمى قد استوفى بدله بالوطء فكيف يجب بغير رضى ممن يجب عليه ؟ والاشبه بمذهب أحمد أن يكون الخلع بالمجهول كالوصية به ، ومن هذا القسم لو خالها على ما في بيتها من المتاع فان كان فيه متاع فهو له قليلا كان أو كثيرا معلوما أو مجهولا وان لم يكن فيه متاع فله أقل ما يقع عليه اسم المتاع ، وفي قول القاضي عليها المسمى في الصداق وهو قول أصحاب الرأي والوجه للقولين ما تقدم (الرابع) ان يخالها على حمل أمتها أو غنمها أو غيرها من الحيوان أو قال على ما في بطونها أو

وقال أبو ثور ان كان الخلع بلفظ الطلاق فله الرجعة لان الرجعة من حقوق الطلاق فلا تسقط بالعوض كالولاء مع العتق وأما قوله سبحانه وتعالى (فيا أفندت) وإنما يكون فداء إذا خرجت عن قبضته وسلطانه وإذا كانت له الرجعة فهي تحت حكمه ولان المقصد إزالة الضرر عن المرأة فلو جاز ارتجاعها لمعاد الضرر وفارق الولاء فان العتق لا ينفك منه والطلاق ينفك عن الرجعة فيما قبل الدخول وإذا أكل العدد ﴿مسئلة﴾ (وان شرط الرجعة في الخلع لم يصح الشرط في أحد الوجهين وفي الآخر يصح الشرط ويبطل العوض)

إذا شرط في الخلع الرجعة فقال ابن حامد يبطل الشرط ويصح الخلع ، وهو قول أبي حنيفة وأحدى الروايتين عن مالك لان الخلع لا يفسد بكون عوضه فاسدا فلا يفسد بالشرط الفاسد كالنكاح ولانه لفظ يقتضي البينونة فإذا شرط الرجعة معه بطل الشرط. كالطلاق الثلاث (والوجه الثاني) يصح ويبطل العوض فتثبت الرجعة وهو منصوص الشافعي لان شرط العوض والرجعة يتنافيان فإذا شرطهما سقطا وبقي مجرد الطلاق فتثبت الرجعة بالاصل لا بالشرط ولانه شرط في العقد ما ينافي مقتضاه فأبطله ، كما لو شرط أن لا يتصرف في المبيع ، وإذا حكمنا بالصحة فقال القاضي يسقط المسمى في العوض لانه لم يرض به عوضا حتى ضم اليه الشرط فإذا سقط الشرط وجب ضم النقصان الذي نقصه من أجله اليه فيصير مجهولا فيسقط ويجب المسمى في العقد ، ويحتمل أن يجب المسمى في الخلع لانها تراضيها به عوضا فلم يجب غيره كما لو خلا عن شرط الرجعة

ضروريا فيصح الخلع ، وروي عن أبي حنيفة يصح الخلع على مافي بطنها ولا يصح على حملها ولنا ان حملها هو مافي بطنها فصح الخلع عليه كما لو قال على مافي بطنها . اذا ثبت هذا فانه إن خرج الولد سليما او كان في ضررها شيء من الثمن فهو له وإن لم يخرج شيء فقال القاضي لاشيء له وهو قول مالك وأصحاب الرأي ، وقال ابن عقيل لها مهر المثل ، وقال ابو الخطاب له المسمى وإن خالها على ما يشتر نخلها او تحمل أمها صح ، قال احمد اذا خالع امرأته على ثمرة نخلها سنين فحائز فان لم يحمل نخلها ترضيه بشيء ، قيل له فان حمل نخلها ؟ قال هذا أجود من ذلك ، قيل له يستقيم هذا ؟ قال نعم جاز فيحتمل قول احمد ترضيه بشيء اي له اقل ما يقع عليه اسم الثمرة او الحمل فتعطيه عن ذلك شيئا اي شيء . كان مثل ما ألزمناه في مسألة المتاع ، وقال القاضي لاشيء له وتاول قول احمد ترضيه بشيء على الاستحباب لانه لو كان واجبا لتقدر بتقدير يرجع اليه ، وفرق بين هاتين المسئلتين ومسئلة الدراهم والمتاع حيث يرجع فيهما أقل ما يقع عليه الاسم اذا لم يجد شيئا وههنا لا يرجع بشيء . اذا لم يجد حملا ولا ثمرة ثم اوهمته ان معها دراهم وفي بيتها متاع لانها خاطبته بالفظ يقتضي الوجود مع امكان عليها به فكان له ما دل عليه لفظها كما لو خالته على عبد فوجده حرا وفي هاتين المسئلتين دخل معها في العقد مع تساويهما في العلم في الحال ورضاها بما فيه من الاحتمال فلم يكن له شيء غيره كما لو قال خالعتك على هذا الحر ، وقال ابو حنيفة لا يصح العوض ههنا لانه معدوم

(فصل) نقل مهننا في رجل قالت له امرأته اجعل أمري بيدي فأعطيك عدي هذا فقبض العبد وجعل أمرها بيدها وباع العبد قبل أن نقول المرأة شيئا هو له انما قالت اجعل أمري بيدي وأعطيك فقيل له متى شئت تختار ؟ قال نعم ما لم يطأها أو ينقض فجعل له الرجوع ما لم تطاق واذا رجعت فينبغي أن ترجع عليه بالعوض لانه استرجع ما جعل لها فاسترجع منه ما أعطته ، ولو قال اذا جاء رأس الشهر فامرك بيدك ملك ابطال هذه الصفة لان هذا يبرز الرجوع فيه لو لم يكن معلقا فمع التعليق أولى كالوكالة ، قال احمد ولو جعلت له امرأته الف درهم على أن يخيرها فاخترت الزوج لا يرد عليها شيئا ، ووجهه أن الالف في مقابلة تملكه اياها الخيار وقد فعل فاستحق الالف وليس الالف في مقابلة الفقرة

(فصل) اذا قالت امرأته طلقني بدينار فطلقها ثم ارتدت لزمتها الدينار ووقع الطلاق بآثنا ولا تؤثر الردة لانها وجدت بعد البينونة ، وإن طلقها بعد ردتها قبل دخوله بها بانت بالردة ولم يقع الطلاق لانه صادفها بآثنا ، فان كان بعد الدخول وقلنا ان الردة يفسخ بها النكاح في الحال فكذلك ، وإن قلنا تنف على اقضاء العدة كان الطلاق مراعى فان أقامت على ردتها حتى انقضت عدتها تبينا أنها لم تكن زوجة حين طلقها فلم يقع ولا شيء له عليها ، وإن عادت إلى الاسلام تبينا ان الطلاق صادف زوجة فوقع واستحق عليها العوض

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (ولا يصح الخلع إلا بعوض في إحدى الروايتين فان خالها بغير

ولنا أن ما جاز في الحمل في البطن جاز فيما يحمل كالوصية ، واختار أبو الخطاب أن له في هذه الأقسام الثلاثة المسمى في الصداق وأوجب له الشافعي مهر المثل ولم يصحح أبو بكر الخلع في هذا كله وقد ذكرنا نصوص أحمد على جوازه والدليل عليه والله أعلم

(فصل) إذا خالعه على رضاء ولده سنتين صح وكذلك ان جوهلا وقتا معلوما قل أو كثر ، وبهذا قال الشافعي لأن هذا مما تصح المماوضة عليه في غير الحلم ففي الخلع أولى فان خالعه على رضاء ولده مطلقاً ولم يذكر مدته صح أيضاً وينصرف إلى ما بقي من الحواين نص عليه أحمد قيل له ويستقيم هذا الشرط رضاء ولدها ولا يقول رضاءه سنتين ؟ قل نعم ، وقال أصحاب الشافعي لا يصح حتى يذكر مدة الرضاء كما لا يصح الإجارة حتى يذكر المدة

ولنا أن الله تعالى قيده بالحواين فقال تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين) وقال سبحانه (وفصاله في عامين) وقال (وحمله وفصاله ثلاثون شهراً) ولم يبين مدة الحمل وهنا والفصال فحمل على مفسرته الآية الأخرى وجعل الفصال عامين والحمل سنة أشهر ، وقال النبي ﷺ لا رضاء من فصل ، يعني بعد العامين فيحمل المطلق من كلام الأدي على ذلك أيضاً ولا يحتاج إلى وصف برضاء لأن جنسه كاف كما لو ذكر جنس الخياطة في الإجارة ، فان مانت المرضعة أوجف لبنها فعليها اجر المثل لما بقي من المدة وإن مات الصبي فكذلك ، وقال الشافعي في أحد قولي لا يفسخ ويأتيها

أعوض لم يقع إلا أن يكون طلاقاً فيقع رجعيّاً ، والأخرى يصح بغير عوض اختارها الحرق
اختلفت الرواية عن أحمد في هذه المسئلة فروى عنه ابنه عبد الله قال : قلت لأبي رجل علفت به امرأته تقول اخلعني قال قد خلعتك ؟ قال يتزوج بها ويجدد نكاحاً جديداً وتكون عنده على شيء فظاهر هذا صحة الخلع بغير عوض وهو قول مالك لأنه قطع للنكاح فصح من غير عوض كالطلاق ، ولأن الأصل في مشروعية الخلع أن يوجد من المرأة رغبة عن زوجها أو حاجة إلى فراقه ففسأله فراقها فاذا أجابها حصل المنصود من الخلع فيصح كما لو كان بعوض ، قال أبو بكر لا خلاف عن أبي عبد الله أن الخلع ما كان من قبل النساء فاذا كان من قبل الرجال فلا نزاع في أنه طلاق يملك به الرجعة ولا يكون فسخاً (والرواية الثانية) لا يكون خلع إلا بعوض روى عنه مهنا إذا قال لها اخلعي نفسك فقات خلعت نفسي لم يكن خلعاً إلا على شيء إلا أن يكون نوى الطلاق فيكون مانوياً ، فعلى هذه الرواية لا يصح الخلع إلا بعوض فان تلفظ به بغير عوض ونوى الطلاق كان طلاقاً رجعيّاً لأنه يصلح كناية عن الطلاق ، وإن لم ينو به الطلاق لم يكن شيئاً وهذا قول أبي حنيفة والشافعي لأن الخلع كان فسخاً فلا يملك الزوج فسخ النكاح إلا لغيرهما ولذلك لو قال ففسخت النكاح ولم ينو به الطلاق لم يقع شيء بخلاف ما إذا دخله العوض فانه يصير معاوضة فلا يجتمع له العرض والمعرض ، وإن قلنا الخلع طلاق فليس بصريح فيه اتفاقاً وإنما هو كناية والكناية لا يقع بها الطلاق إلا بنية أو بذل العوض فيقوم مقام

بصبي ترضعه مكانه لان الصبي مستوفى به لامتعوداً عليه فأشبهه ماو استأجر دابة ليركبها فمات
ولنا انه عقد على فعل في عين فينفسخ بتلفها كما لو ماتت الدابة المستأجرة ولان ما يستوفيه من
اللبن انما يتقدر بمحاجة الصبي وحاجات الصبيان تختلف ولا تنضبط فلم يجوز أن يقوم غيره مقامه كما لو
أراد ابداله في حياته ، ولانه لا يجوز ابداله في حياته فلم يجوز بعد موته كالمرضعة بخلاف راكب الدابة ،
وإن وجد أحد هذه الامور قبل مضي شيء من المدة فعليها أجر رضاع مثله وعن مالك كقولنا وعنه
لا يرجع بشيء ، وعن الشافعي كقولنا وعنه يرجع بالمهر

ولنا انه عوض معين تلف قبل قبضه فوجب قيمته أو مثلها كما لو خالها على قفيز فهلاك قبل قبضه
(فصل) وان خالها على كفالة ولده عشر سنين صح وان لم يذكر مدة الرضاع منها ولا قدر
الطعام والادم ويرجع عند الاطلاق إلى نفقة مثله ، وقال الشافعي لا يصح حتى يذكّر مدة الرضاع وقدر
الطعام وجنسه وقدر الادم وجنسه ويكون المبالغ معلوما مضبوطاً بالصفة كالسلم فيه وما يحل منه كل
يوم ، ومبنى الخلاف على اشتراط الطعام للاجير مطاقاً وقد ذكرناه في الاجارة ودللنا عليه بقصة موسى
عليه السلام وقول النبي ﷺ « رحم الله أخي موسى آجر نفسه بطعام بطنه ونفقة فرجه » ولان نفقة
الزوجة مستحقة بطريق المعارضة وهي غير مقدرة كذا ههنا ولوالدان بأخذ منها ما يستحقه من مؤنة
الصبي وما يحتاج اليه لانه بدل ثبت لافي ذمتها فله أن يستوفيه بنفسه وبغيره فان أحب أنفق بهينه وان

النية وما وجد واحد منهما ، ثم إن وقع الطلاق فاذا لم يكن بعوض لم يقتض البيئونة إلا أن يكمل الثلاث
(فصل) فان قالت بنتي عبدك هذا وطأني بأب ففعل صح وكان بيما وخلعاً بعوض واحد
لانهما عقدان يصح افراد كل واحد منهما بعوض فصح جمعهما كبيع ثوبين وقد نص احمد على الجمع
بين بيع ومصرف انه يصح وهذا نظير لهذا

وذكر أصحابنا فيه وجه آخر انه لا يصح لان أحكام العقدين تختلف والارل أصبح لما ذكرنا
ولشافعي قولان أيضاً ، فعلى قولنا ينقسط الالف على الصداق المسمى بقيمة العبد فيكون عوض الخلع
ما يخص المسمى وعرض العبد ما يخص قيمته حتى لو رده بعيب رجعت بذلك ، وإن وجدته حراً أو
مفصوباً رجعت به لان له عرضه ، وإن كان مكان العبد شقص مشفوع ثبتت فيه الشفعة وبأخذه الشفيع
حصة قيمته من الالف لانها عوضه

(مسئلة) (ولا يستحب أن يأخذ منها أكثر مما أعطاهما فان فعل كره وصح ، وقال ابو بكر
لا يجوز ويترك الزيادة)

اذا تراضيا على الخلع بشيء صح وإن كان أكثر من الصداق وهذا قول أكثر أهل العلم . روي
ذلك عن عثمان وابن عمر وابن عباس وعكرمة ومجاهد وقيصة بن ذؤيب والنخعي ومالك والشافعي
وأصحاب الرأي ، ويروى عن ابن عباس وابن عمر أنهما قالوا لو اختلعت امرأة من زوجها بميراثها

أحب أخذه لنفسه وأنفق عليه غيره ، وإن أذن لها في إنفاقه على الصبي جاز ، فإن مات الصبي بعد انقضاء مدة الرضاع فلا يبيعه أن يأخذ ما بقي من المؤنة ، وهل يستحقه دفعة أو يوما بيوم ؟ فيه وجهان (أحدهما) يستحقه دفعة واحدة ، ذكره القاضي في الجامع واحتج بقول أحمد إذا خالها على رضاع ولده فمات في أثناء الحولين قال يرجع عليها ببقية ذلك ولم يعتبر الاجل ، ولأنه إنما فرق الحاجة الولد إليه متفرقا فإذا زالت الحاجة إلى التفريق استحق جملة واحدة

(والثاني) لا يستحقه الا يوما بيوم ، ذكره القاضي في المجرد وهو الصحيح لأنه ثبت منجما فلا يستحقه معجلا كما لو أسلم إليه في خبز يأخذه منه كل يوم أرطالا معلومة فمات المستحق له ، ولأن الحق لا يحمل بموت المستوفى كما لو مات وكبل صاحب الحق وإن وقع الخلاف في استحقاقه بموت من هو عليه ، ولاصحاب الشافعي في هذا وجهان كعدين ، وإن ماتت المرأة خرج في استحقاقه في الحال وجهان كعدين بناء على أن الدين هل يحمل بموت من هو عليه أم لا ؟

(فصل) والعوض في الخلع كالعوض في الصداق والبيع إن كان مكيلا أو موزونا لم يدخل في ضمان الزوج ولم يملك التصرف فيه الا بقبضه ، وإن كان غيرهما دخل في ضمانه بمجرد الخلع وصح نصرته فيه ، قال أحمد في امرأة قالت لزوجها اجعل أمري بيدي ولك هذا العبد ففعل ثم خبرت فاخفارت نفسها بعد ما مات العبد جائز ، وليس عليها شيء ، قل ولو أعنقت العبد ثم اختارت نفسها

وعقاص رأسها كان ذلك جائزا ، وقال عطاء وطارس والزهرى وعمرو بن شعيب لا يأخذ أكثر مما أعطاه ، وروى ذلك عن علي باسناد منقطع واختاره أبو بكر فإن فعل رد الزيادة . وعن سعيد بن المسيب قال : ما أرى أن يأخذ كل مالها ولكن أيدع لها شيئا واحتجوا بما روي أن جميلة بنت سلول أتت النبي ﷺ قالت : والله ما أعتب على ثابت في دين ولا خلق ولكن أكره الكفر في الاسلام لأطيعته بغضا ، فقال لها النبي ﷺ « أنردن عليه حديقته ؟ » قالت نعم فأمره النبي ﷺ أن يأخذ منها حديقته ولا يزداد . رواه ابن ماجه ، ولأنه بدل في مقابلة فسخ فلم يزد على قدره في ابتداء العقد كالعوض في الاقالة .

ولنا قول الله تعالى (فلا جناح عليهما فيما افتدت به) ولأنه قول من سمينا من الصحابة قالت الربيم بنت معوذ اختلعت من زوجي بما دون عقاص رأسي فأجاز ذلك علي رضي الله عنه ومثل هذا اشتهر ولم ينكر فيكون اجماعا ولم يصح عن علي خلافه . إذا ثبت هذا فإنه لا يستحب له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاه ، وبذلك قال سعيد بن المسيب والحنابلة والشافعي ، قال مالك لم أزل أسمع اجازة الفداء وإن فعل جاز مع الكراهة ولم يكرهه أبو حنيفة ومالك والشافعي ، قال مالك لم أزل أسمع اجازة الفداء بأكثر من الصداق

لم يصح عتقها له ، فلم يصح عتقها له لان ملكها زال عنه بجعلها له عوضا في الخلع ولم يضمنها اياه اذا تلف لانه عوض معين غير مكيل ولا موزون فدخل في ضمان الزوج بمجرد العقد ، ويخرج فيه وجه انه لا يدخل في ضمانه ولا يصح تصرفه فيه حتى يقبضه كما ذكرنا في عوض البيع وفي الصداق ، وأما المكيل والموزون فلا يصح تصرفه فيه ولا يدخل في ضمانه حتى يقبضه فان تلف قبل قبضه فالواجب مثله لانه من ذوات الامثال ، وقد ذكر القاضي في الصداق انه يجوز التصرف فيه قبل قبضه وان كان مكila أو موزونا لانه لا يفسخ سببه بتلفه فهنا مثله

(مسئلة) قال (وان خالعا على غير عوض كان خالعا ولا شيء له)

اختلفت الرواية عن أحمد في هذه المسئلة فروى عنه ابنه عبد الله قال قلت لابي رجل علق به امرأته تقول اخلعني قال قد خلعتك قال يتزوج بها ويجدد نكاحا جديدا وتكون عنده على اثنين ، فظاهر هذا صحة الخلع بغير عوض وهو قول مالك لانه قطع للنكاح فصاح من غير عوض كالمطلق ، ولان الاصل في مشروعية الخلع أن توجد من المرأة رغبة عن زوجها وحاجة الى فراقه فتسأله فراقها فاذا أجابها حصل المقصود من الخلع فصاح كما لو كان بعوض
قال أبو بكر لا خلاف عن أبي عبد الله ان الخلع ما كان من قبل النساء فاذا كان من قبل الرجال

ولنا حديث جميلة وردي عن عطاء عن النبي ﷺ انه كره أن يأخذ من الختلة أدثر مما أعطاه . (رواه أبو حفص باسناده وهو صريح في الحكم فجمع بين الآية والخبر فنقول الآية دالة على الجواز والنهي عن لزادة للكرهية

(مسئلة) (وان خالعا على محرم كالخمر والخمر فهو كالخلع بغير عوض اذا علم تحريمه)

ولا يستحق شيئا وبه قال مالك وأبو حنيفة وقال الشافعي له عليها مهر المثل لانه معاوضة بالبضع فاذا كان العوض محرما وجب مهر المثل كالنكاح

ولنا أن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم على ما سلفنا فاذا رضي بغير عوض لم يكن له شيء كما لو طلقها أو علق طلاقها على فعل شيء ففعلته ، وفارق النكاح فان دخول البضع في ملك الزوج متقوم ولا يلزم اذا خلعها على عبد فبان حرا لانه لم يرض بغير عرض متقوم فيرجع بحكم الغرور وههنا رضي بما لا قيمة له . اذا تقرر هذا فان كان الخلع بلفظ الطلاق فهو طلاق رجعي لانه خلا عن عوض ، وإن كان بلفظ الخلع ولم ينو كنيات الخلع فكذلك اذا نوى الطلاق ولان الكناية مع النية كالمصريح ، وإن كان بلفظ الخلع ولم ينو الطلاق انبنى على أصل هو انه هل يصح الخلع بغير عوض ؟ وفيه روايتان ، فان قلنا يصح صح ههنا ، وان قلنا لا يصح لم يصح ولم يقع شيء ، فان قال ان أعطيتني خرا أو ميتة فأنت طالق فأعطته ذلك طلقت ولا شيء عليها وعند الشافعي عليها مهر المثل كقوله في التي قبها

فلا نزاع في أنه طلاق تلك به الرجعة ولا يكون فسخا (والرواية الثانية) لا يكون خلع الا بعوض ، روى عنه مهنا إذا قال لها اخلي نفسك فقالت خلعت نفسي لم يكن خلعها الا على شيء . الا أن يكون نوى الطلاق فيكون مانوى ، فعلى هذه الرواية لا يصح الخلع إلا بعوض فان تفظ به بغير عوض ونوى الطلاق كان طلاقا رجعيا لانه يصلح كناية عن الطلاق ، وان لم ينو به الطلاق لم يكن شيئا وهذا قول أبي حنيفة والشافعي لان الخلع إن كان فسخا فلا يملك الزوج فسخ النكاح الا بهيها وكذلك لو قال فسخت النكاح ولم ينو به الطلاق لم يقع شيء بخلاف ما اذا دخله العوض فانه يصير معاوضة فلا يجتمع له العوض والمعوض ، وان قلنا الخلع طلاق فليس يصريح فيه اتفاقا وانما هو كناية . والكناية لا يقع بها الطلاق الا بنية أو بذل للعوض فيقوم مقام النية وما وجد واحد منهما ثم ان وقع الطلاق فاذا لم يكن بعوض لم يقتض البيئونة إلا أن تكل الثلاث

(فصل) إذا قالت بعني عبدك هذا وطائفي بألف ففعل صح وكان بيعا وخلعا بعوض واحد لانهما عقدان يصبح افراد كل واحد منهما بعوض فصح جمعها كبيع ثوبين ، وقد نص أحمد على الجمع بين بيع وصرف أنه يصح وهو نظير لهذا ، وذكر أصحابنا فيه وجها آخر أنه لا يصح لان أحكام العقدين تختلف ، والاول أصح لما ذكرنا وللشافعي فيه قولان أيضا ، فعلى قولنا يتقسط الالف على الصداق المسمى بقيمة العبد فيكون عوض الخلع ما يخص المسمى وعوض العبد ما يخص قيمته حتى لو رده

(مسئلة) (وان خالها على عبد فبان حراً أو مستحقا فله قيمته عليها ، وان بان معيبا فله ارشه او قيمته ويرده)

وجملة ذلك أن الرجل اذا خالم امرأته على عوض فبان غير ماله أو انه ليس لها مثل ان يخالها على عبد بيمينه فبان حراً أو مخصوبا أو على خل فبان خمرأ فالخلع صحيح في قول أكثر أهل العلم لان الخلع معاوضة بالبضع فلا يفسد بفساد العوض كالنكاح ولكنه يرجع عليها بقيمته لو كان عبداً وبهذا قول ابو ثور وصاحبنا أبي حنيفة ، وان خالها على هذا الدن الخل فبان خمرأ رجع عليها بمثله خلا لان الخل من ذوات الامثال وقد دخل على ان هذا المعين خل فكان له مثله ، كما لو كان خلا فتلف قبل قبضه ، وقد قبل يرجع بقيمة مثله خلا لان الخمر ليس من ذوات الامثال ، والصحيح الاول لانه انما وجب عليه مثله لو كان خلا كما تجب قيمة الحر بتقدير كونه عبداً فان الحر لا قيمة له ، وقال ابو حنيفة في المسئلة كلها يرجع بالمسمى ، وقال الشافعي يرجع بمهر المثل لانه عقد على البضع بعرض فاسد فأشبهه النكاح بخمر ، واحتج ابو حنيفة بأن خروج البضع لقيمة له فاذا غرت رجع عليها بما أخذت ولنا أنها عين يجب تسليمها مع سلامتها وبقاء سبب الاستحقاق فوجب بذلها مقدراً بقيمتها أو مثلاً كالمنصوب والمستعار ، واذا خالها على عبد فخرج مخصوبا أو على أمة فخرجت أم ولد نقد سلمه ابو حنيفة ووافقنا فيه .

بعيب رجعت بذلك ، وان وجدته حراً أو معصوباً رجعت به لانه عوضه فان كان مكان العبد شقص مشفوع ففيه الشفعة ويأخذ الشفيع بحصة قيمته من الالف لانها عوضه

(فصل) وان خالها على نصف دار صحح ولا شفعة فيه لانه عوض عما لا قيمة له ، ويتخرج أن فيه شفعة لان له عوضاً ، وهل يأخذه الشفيع بقيمته أو بمثل المهر ؟ على وجهين ، فالأول إن خالها ودفع اليها ألفاً بنصف دارها صحح ولا شفعة أيضاً ، وقال أبو يوسف ومحمد تجب الشفعة فيما قابل الالف لانه عوض مال

ولنا أن إيجاب الشفعة تقوم للبضع في حق غير الزوج والبضع لا يقوم في حق غيره ، ولأن الزوج ملك الشقص صفقة واحدة من شخص واحد فلا يجوز للشفيع أخذ بعرضه كما لو اشتراه بمن واحد

(مسألة) قال (ولو خالها على ثوب نخرج معيها فهو بخير بين أن يأخذ أرش العيب أو قيمة الثوب ويرده)

وجملة ذلك أن الخلع يستحق فيه رد عوضه بالعيب أو أخذ الارش لانه عوض في معاوضة فيستحق فيه ذلك كالبيع والصداق ، ولا يخلو اما أن يكون على معين مثل أن تقول اخواني على هذا الثوب . فيقول خالعتك ثم تجد به عيباً لم يكن علم به فهو بخير بين رده وأخذ قيمته وبين أخذ أرشه ، وان قال

(فصل) وان ظهر معيها فله الخيار بين أخذ أرشه ورده وأخذ قيمته لانه عوض في معاوضة فيستحق فيه ذلك كالبيع والصداق فان كان على معين كتولها اخواني على هذا العبد فيقول خالعتك ثم يجد به عيباً لم يكن علم به فهذا بخير فيه بين أخذ أرشه أو رده وأخذ قيمته على ما ذكرنا ، وان قال ان أعطيتني هذا الثوب فأنت طالق فأعطته إياه طلفت يداي . قال أصحابنا والحكم فيه كولو خالها عليه وهذا مذهب الشافعي الا أنه لا يجعل له المطالبة بالارش مع امكان الرد ، وهذا أصل ذكرناه في البيع وله قول أنه اذا رده رجع مهر المثل ، وهذا الأصل ذكر في الصداق

(مسألة) (وان خالها على رضاع ولده عامين أو سكنى دار صح فان مات الولد أو خربت الدار رجع بأجرة باقي المدة)

أما اذا خالها على سكنى دار معينة فلا بد من تعيين المدة كالاجارة فان خربت الدار رجع عليها بأجرة باقي المدة وتقدر بأجرة المثل وينفسخ العقد والاجارة اذا هلكت الدابة ، وأما اذا خالته على رضاع ولده مدة معلومة صح قل أو كثر وبهذا قال الشافعي لان هذا انما تصح المعاوضة عليه في غير الخلع ففي الخلع أولى فان خالته على رضاع ولده مطلقاً ولم يذكر مدة صح أيضاً وينصرف الى ما بقي من الحولين نص عليه احمد قيل له ويستقيم هذا الشرط رضاع ولدها ولا يقول ترضعه سنتين ؟ قال نعم وقال أصحاب الشافعي لا يصح حتى يذكر مدة الرضاع كما لا تصح الاجارة حتى يذكر المدة

ان أعطيتني هذا الثوب فأنت طالق فأعطته إياه طلقت وملاكه . قال أصحابنا والحكم فيه كما لو خالها عليه وهذا مذهب الشافعي إلا أنه لا يجعل له المطالبة بالارش مع إمكان رده وهذا أصل ذكرناه في البيع، وله أيضا قول انه إذا رده رجع بمهر المثل ، وهذا الاصل ذكر في الصداق ، وان خالها على ثوب موصوف في الذمة واستقصى صفات السلم صح وعليها أن تعطيه إياه سليما لان اطلاق ذلك يقتضي السلامة كما في البيع والصداق ، فان دفعته اليه معيبا أو ناقصا عن الصفات المذكورة فله الخيار بين امساكه أو رده والمطالبة بثوب سليم على تلك الصفة لانه انما وجب في الذمة سليما تام الصفات فيرجع بما وجب له لانها ما أعطته الذي وجب له عليها ، وان قال ان أعطيتني ثوبا صفتة كذا وكذا فأعطته ثوبا على تلك الصفات طلقت وملاكه ، وان أعطته ناقصا صفة لم يقع الطلاق ولم يملكه لانه ما وجد الشرط . فان كان على الصفة لسكن به عيب وقع الطلاق لوجود شرطه ، قال القاضي ويتخير بين إمساكه ورده والرجوع بقيمته وهذا قول الشافعي إلا أن له قولاً أنه يرجع بمهر المثل على ما ذكرنا وعلى ما قلنا نحن فيما تقدم أنه اذا قال اذا أعطيتني ثوبا أو عبداً أو هذا الثوب أو هذا العبد فأعطته إياه معيباً طلقت وليس له شيء سواء ، وقد نص أحمد على من قال إن أعطيتني هذا الالف فأنت طالق فأعطته إياه فوجده معيباً فليس له البديل وقال أيضا إذا قال ان أعطيتني عبداً فأنت طالق فاذا أعطته عبداً فهي طالق ويمسكه ، وهذا يدل على أن كل موضع قال ان أعطيتني كذا فأعطته إياه فليس له

ولنا أن الله تعالى قيده بالحوالين فقال تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين) وقال سبحانه (وفصاله في عامين) وقال (وحمله وفصاله ثلاثون شهراً) ولم يبين مدة الحمل والفصال ههنا فحمل على ما فصلته الآية الاخرى وجعل الفصال عامين والحمل ستة أشهر . وقال النبي ﷺ « لا رضاع بعد فصال » يعني بعد العامين فيحمل المطلق من كلام الآدمي على المطلق من كلام الله تعالى ، ولا يحتاج الى وصف الرضاع لان جنسه كاف كما لو ذكر جنس الخياطة في الاجارة . فان ماتت المرضعة أو جف ابنها فعليها أجر انثى لما بقي من المدة ، وان مات الصبي فكذلك ، وقال الشافعي في أحد قوايه لا يفسخ ربايتها بصبي ترضعه لان الصبي مستوفى به لانه مفقوداً عليه فأشبهه ما لو استأجر دابة لبركها فمات

ولنا أنه عقد على فعل في عين فيفسخ ب تلفها كما لو ماتت الدابة المستأجرة ولان ما يستوفيه من اللبن انما يتقدر بحاجة الصبي وحاجات الصبيان لا تنضب فلم يجز أن يقوم غيره مقامه كما لو أراد إبداله في حياته فلم يجز بدوته كالمرضعة بخلاف راكب الدابة ، وان وجد أحد هذه الامور قبل مضي شيء من المدة فعليها أجره رضاع مثله ومن مالك كقولنا وعنه لا يرجع بشيء وعن الشافعي كقولنا وعنه يرجع بالمهر

ولنا أنه عوض معين تلف قبل قبضه فوجبت قيمته أو مثله كما لو خالها على قفيز فهلك قبل قبضه

غيره وذلك لان الانسان لا يلزمه في ذمته شيء إلا بالزام أو التزام ولم يرد الشرع بالزامها هذا ولا هي التزمته له وإنما علق طلاقها على شرط وهو عطيته له ذلك فلا يلزمها شيء سواء ولائها لم تدخل معه في معاوضة وإنما حققت شرط الطلاق فأشبهه ما لو قال ان دخلت الدار فأنت طالق فدخلت أو ما لو قال ان أعطيت أباك عبداً فأنت طالق فاعطته إياه

(فصل) إذا قال ان أعطيتني الف درهم فأنت طالق فاعطته الف أو أكثر طلقت لوجود الصفة وان أعطته دون ذلك لم تطلق لعدمها ، وان أعطته الف وأزنته نقص في العدد طلقت وان أعطته الف عدداً تنقص في الوزن لم تطلق لان إطلاق الدرهم ينصرف إلى الوزن من دراهم الاسلام وهي مائة عشرة منها وزن سبعة مثاقيل ويحتمل ان الدرهم متى كانت تنق برؤوسها من غير وزن طلقت لأنها يقع عليها اسم الدرهم ويحصل منها مقصودها ولا تطلق إذا أعطته وأزنته تنقص في العدد لذلك وان أعطته الف أريضة كنجاس فيها أو رصاص أو نحوه لم تطلق لان إطلاق الالف يتناول الف من الفضة وليس في هذه الف من الفضة وان زادت على الالف بحيث يكون فيها الف فضة طلقت لأنها قد أعطته الف فضة وان أعطته سبيكة تبلغ الف لم تطلق لأنها لا تسمى دراهم فلم توجد الصفة بخلاف المفشوشة فإنها تسمى دراهم ، وان أعطته الف أريضة الجنس لخشونة أو سواد أو كانت وحشة السكة طلقت لان الصفة وجدت ، قال القاضي وله ردها وأخذ بدلها وهذا قد ذكرناه في المسئلة التي قبلها

(فصل) وان خالها على كفالة ولده عشر سنين صح وان لم يذكر مدة الرضاع منها ولا قدر الطعام والادم ويرجع عند الإطلاق إلى نفقة مثله وقال الشافعي لا يصح حتى يذكر مدة الرضاع وقدر الطعام وجنسه وقدر الادم وجنسه ويكون المبلغ معلوماً مضبوطاً بالصفة كما مسلم فيهما وما يحل منه كل يوم . ومبنى الخلاف على اشتراط الطعام للاجير مطلقاً وقد ذكرناه في الاجارة ودلنا عليه بقصة موسى عليه السلام وقول النبي صلى الله عليه وسلم « رحم الله أخي موسى آجر نفسه بطعام بطنه وعفة فرجه » ولان نفقة الزوجة مستحقة بطريق المعاوضة وهي غير مقدرة كذا ههنا وللوالد أن يأخذ منها ما تستحقه من مؤونة الصبي وما يحتاج اليه لانه بدل ثبت له في ذمته فله أن يستوفيه بنفسه وبغيره فان أحب أنفق بعينه وان أحب أخذه لنفسه وأنفق عليه غيره ، وان أذن لها في انفاقه على الصبي جاز فان مات الصبي بعد انقضاء مدة الرضاع فلا يبي أن يأخذ ما بقي من المؤونة وهل يستحقه دفعة أو يوماً بيوم؟ فيه وجان (أحدها) يستحقه دفعة واحدة ذكره القاضي في الجامع واحتج بقول أحمد اذا خالها على رضاع ولده مات في أثناء الحولين قال يرجع عليها ببقية ذلك فلم يعتبر الاجل ولانه إنما فرق الحاجة الولد اليه متفرقا فاذا زالت الحاجة إلى التفريق استحق جملة واحدة (وإثاني) لا يستحقه الا يوماً بيوم ذكره القاضي في الجرد وهو الصحيح لانه ثبت منجماً فلا يستحقه مجزئاً لو أسلم اليه في خبز يأخذ منه كل يوم أوطالاً معلومة مات المستحق له ولان الحق لا يستحق بموت المستوفي كما لو مات وكيل صاحب الحق

(فصل) وان قال ان اعطيتني ثوبا مرويا فأنت طالق فأعطته هرويا لم تطلق لان الصفة التي علق الطلاق عليها لم توجد وان أعطته مرويا طلقت وان خالها على مرويا فأعطته هرويا فالخلع واقع ويطالبها بما خالها عليه ، وان خالها على ثوب بعينه على انه مرويا فبان هرويا فالخلع صحيح لان جنسها واحد وانما ذلك اختلاف صفة فجري مجرى العيب في العوض وهو مخير بين إمساكه ولا شيء له غيره وبين رده وأخذ قيمته لو كان مرويا لان مخالفة الصفة بمنزلة العيب في جواز الرد

وقال أبو الخطاب : وعندي لا يستحق شيئا سواه لان الخلع على عينه وقد أخذه ، وان خالها على ثوب على انه قطن فبان كتماننا لزم رده ولم يكن له إمساكه لانه جنس آخر واختلاف الاجناس باختلاف الاعيان بخلاف ما لو خالها على مرويا فخرج هرويا فان الجنس واحد

(فصل) وكل موضع علق طلاقها على عطيتها اياه فني أعطته على صفة يمكنه القبض وقم الطلاق سواء قبضه منها أو لم يقبضه لان العطية وجدت فانه يقال أعطته فلم يأخذ ، ولانه علق اليمين على فعل من جهتها والذي من جهتها في العطية البذل على وجه يمكنه قبضه ، فان هرب الزوج أو غاب قبل عطيتها أو قالت يضمه لك زيد أو اجعله قصاصا بما لي عليك أو أعطته به رهنا أو احالته به لم يقع الطلاق لان العطية ما وجدت ولا يقع الطلاق بدون شرطه ، وكذلك كل موضع تعذر العطية فيه لا يقع الطلاق سواء كان التعذر من جهته أو من جهتها أو من جهة غيرهما لانتهاء الشرط ، ولو قالت طلقني

وان وقع الخلاف في استحقاقه بموت من هو عليه ولاصحاب الشافعي في هذا وجهان كهذين ، وان ماتت المرأة خرج في استحقاقه في الحال وجهان كهذين بناء على أن الدين هل يحل بموت من هو عليه أولا

(مسئلة) (وان خال الحامل على نفقة عدتها صح وسقطت)

وحي جواز ذلك عن احمد وابي حنيفة وهذا انما يخرج على اصل احمد اذا كانت حاملا اما غير الحامل فلا نفقة لها عليه فلا يصح عوضا وقال الشافعي لا تصح النفقة عوضا فان خالها به وجب مهر المثل لان النفقة لم تجب بالعقد فلم يصح الخلع عليها كما لو خالها على عوض ما يتلفه عليها

ولنا انها احدي النفقتين فصحت الخالعة عليها كنفقة الصبي فيما اذا خالته على كفالة ولده وقتا معلوما وقولهم انها لم تجب ممنوع فقد قيل ان النفقة تجب بالعقد ثم انها ان لم تجب فقد وجد سبب وجوبها كنفقة الصبي بخلاف عوض ما يتلفه

(فصل) والعوض في الخلع كالعوض في الصداق والبيع ان كان مكبلا او موزونا لم يدخل في ضمان الزوج ولم يملك التصرف فيه الا بقبضه وان كان غيرها دخل في ضمانه بمجرد الخلع وصح تصرفه فيه ، قال احمد في امرأة قالت لزوجها اجعل أمري ببدي ففعل ثم خيرت فاختارت نفسها بعد ما مات العبد جائز وليس عليها شيء ولو أعتقت العبد ثم اختارت نفسها لم يصح عتقها فلم يصح عتقها لان ملكها زال عنه بجعلها له عوضا في الخلع ولم يضمها اياه اذا تلف لانه عوض معين غير مكبل ولا موزون

بالألف فطلقها استحق الألف وبانت وإن لم يقبض نص عليه أحمد. قال أحمد ولو قالت لا أعطيك شيئاً يأخذها بالألف، يعني ويقع الطلاق لأن هذا ليس بتعليق على شرط بخلاف الأول

(فصل) وتعليق الطلاق على شرط العتية أو الضمان أو التملك لازم من جهة الزوج لزوماً لا سبيل إلى دفعه فإن الغالب فيها حكم التعليق المحض بدليل صحة تعليقه على الشروط. ويقع الطلاق بوجود الشرط سواء كانت العتية على الفور أو التراخي، وقال الشافعي إن قال متى أعطيتني أو متى ما أعطيتني أو أي حين أو أي زمان أعطيتني ألفاً فأنت طالق فذلك على التراخي، وإن قال إن أعطيتني أو إذا أعطيتني ألفاً فأنت طالق فذلك على الفور فإن أعطته جواباً لكلامه وقم الطلاق وإن تأخر العطاء لم يقع الطلاق لأن قبول المعاوضات على الفور فإذا لم يوجد منه تصريح بخلافه وجب حمل ذلك على المعاوضات بخلافه أي وأي فإن فيها تصريحاً بالتراخي ونصاً فيه وإن صاراً معاوضة فإن تعليقه بالصفة جائز أما إن وإذا فإنهما يحتملان الفور والتراخي فإذا تعاق بهما العوض حملاً على الفور

ولنا أنه علق الطلاق بشرط الإعطاء فكان على التراخي كسائر التعاليق أو نقول علق الطلاق بحرف مقتضاه التراخي فكان على التراخي كما لو خلا عن العوض، والدليل على أن مقتضاه التراخي أنه يقتضيه إذا خلا عن العوض ومقتضيات الألفاظ لا تختلف بالعوض وعدمه، وهذه المعاوضة معدول بها عن سائر المعاوضات بدليل جواز تعليقيها على الشروط ويكون على التراخي فيما إذا علقها

فدخل في ضمان الزوج بمجرد العقد، ويخرج فيه وجه أنه لا يدخل في ضمان ولا يصح تصرفه فيه حتى يقبضه كما ذكرنا في عوض البيم وفي الصداق، فأما المكيل والموزون فلا يصح تصرفه فيه ولا يدخل في ضمانه إلا يقبضه فإن تلف قبل قبضه فالواجب مثله لأنه من ذوات الأمثال وقد ذكر القاضي في الصداق أنه يجوز التصرف فيه قبل قبضه وإن كان مكياً أو موزوناً لأنه لا يفسخ سببه بتلفه فهنا مثله

(فصل) قال الشيخ رحمه الله: وبصح الخلع بالمجهول

وقال أبو بكر لا يصح والتفريع على الأول فإذا قلنا يصح للزوج ما جعل له وهذا قول أصحاب الرأي وقال أبو بكر لا يصح الخلع ولا شيء له لأنه معاوضة فلا يصح بالمجهول كالبيع وهذا قول أبي ثور وقال الشافعي يصح الخلع وله مهر مثلها لأنه معاوضة بالبيع فإذا كان العوض مجهولاً وجب مهر المثل كالنكاح.

ولنا أن الطلاق يعني يجوز تعليقه بالشرط فجاز أن يستحق به العوض المجهول كالوصية ولأن الخلع استقاط لحقه من البضع وليس فيه تملك شيء، والاستقاط تدخله المسامحة ولذلك جاز من غير عوض بخلاف النكاح، وإذا صح الخلع فلا يجب مهر المثل لأنها لم تبذله ولا فوت عليه ما يوجبها فإن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم بدليل ماله أخرجته من ملكه بردتها أو أرضاعها لمن يفسخ به نكاحها لم يجب عليها شيء، ولو قتلت نفسها أو قتلها اجنبي لم يجب للزوج عوض عن بضعها ولو

بمقي أو بأني فكذلك في مسئلتنا ولا يصح قياس ما نحن فيه على غيره من المعاوزات لما ذكرنا من الفرق ثم يبطل قياسهم بقول السيد لعبدته أن أعطيتني ألفاً فانت حر فإنه كـ ثلثتنا وهو على التراخي، على أننا قد ذكرنا أن حكم هذا اللفظ حكم الشرط المطابق

(فصل) إذا قال لامرأته أنت طالق بألف ان شئت لم تطاق حتي تشاء فإذا شئت وقم الطلاق بانثا ويستحق الالف سواء سأله الطلاق فقالت طائفتي بألف فأجابها أو قال ذلك لها ابتداءً لأنه عاق طلاقها على شرط فلم يوجد قبل وجوده، وتعتبر مشيئتها بالقول فلها وإن كان محلها القلب فلا يعرف مافي القلب الا بالنطق فيعاق الحكم به ويكون ذلك على التراخي فتى شئت طلقت نص عليه أحمد ومذهب الشافعي كذلك الا في انه على الفور عنده . ولو انه قال لامرأته أمرك بيدك ان ضمننت لي ألفاً فقياس قول أحمد انه على التراخي لأنه نص على أن أمرك بيدك على التراخي ونص على انه اذا قال لها أنت طالق ان شئت أن لها المشيئة بعد مجاسها، ومذهب الشافعي انه على الفور لما تقدم

ولنا انه لو قال لعبدته ان ضمننت لي ألفاً فانت حر كان على التراخي، ولو قال له أنت حر على الف ان شئت كان على التراخي والطلاق نظير العتق، فعلى هذا متى ضمننت له ألفاً كان أمرها بيدها وله الرجوع فيما جعل اليها لان أمرك بيدك توكل منه لها فله الرجوع فيه كما يرجع في الوكالة، وكذلك لو قال لزوجته طلقتي نفسك ان ضمننت لي ألفاً فتى ضمننت له ألفاً وطلقت نفسها وقع مالم يرجع، وان ضمننت الالف ولم تطلق أو طلقت ولم تضمن لم يقع الطلاق

وطئت بشبهة أو مكرهة لوجب المبر لها دون الزوج ولو طأعت لم يكن للزوج شيء وانما يقوم البضع على الزوج في النكاح خاصة وأباح لها افتداء نفسها لحاجتها الى ذلك فيكون الواجب ماضية ببذله فلما إيجاب شيء لم يرض به فلا وجه له

(مسألة) (فان خالها على مافي يدها من الدرهم صح وله مافي يدها وان لم يكن في يدها شيء فله عليها ثلاثة دراهم)

نص عليه أحمد لأن أقل ما يقع عليه اسم الدرهم حقة رافظها دل على ذلك فاستحقه كما لو وصى له بدرهم وان كان في يده أقل من ثلاثة احتمل أن لا يكون له غيره لأنه من الدرهم وهو في يدها واحتمل أن يكون له ثلاثة كاملة لان اللفظ يقيها فيما اذا لم يكن في يدها شيء، فكذلك اذا كان في يدها.

(مسألة) (وان خالها على مافي يدها من المتاع فان كان فيه متاع فهو له قليلا كان أو كثيراً لان الخلع على المجهول جائز كالوصية به معلوماً كان أو مجهولاً لان الاسم يقع عليه وان لم يكن فيه متاع فله أقل ما يقع عليه اسم المتاع كالوصية وكلمة ثلثة قبلها)

(مسئلة) قال (واذا خالها على عبد فخرج حراً أو استحق فله عليها قيمته)

وجملة ذلك ان الرجل اذا خال امرأته على عوض يظنه مالا فبان غير مال مثل ان يخالها على عبد بعينه فيبين حراً أو مفصوباً أو على خل فيبين خمراً فان الخلم صحيح في قول اكثر أهل العلم لان الخلم معاوضة بالبضع فلا يفسد بفساد العوض كالنكاح ولا يكره ان يرجع عليها بقيمتها لو كان عبداً وبهذا قال أبو ثور وصاحب أبي حنيفة، وان خالها على هذا الدن الخل فبان خمراً رجع عليها بمثله خلا لان الخل من ذوات الامثال ، وقد دخل على أن هذا المعين خل فكان له مثله كما لو كان خلا فتلف قبل قبضه ، وقد قبل يرجع بقيمة مثله خلا لان الخمر ليس من ذوات الامثال . والصحيح الاول لانه انما وجب عليها مثله لو كان خلا كما نوجب قيمة الحر بتقدير كونه عبداً فان الحر لاقية له ، وقال ابو حنيفة في المسئلة كلها يرجع بالمسمى ، وقال الشافعي يرجع بمهر المثل لانه عقد على البضع بعوض فاسد فأشبهه النكاح بخمر ، واحتج أبو حنيفة بأن خروج البضع لاقية له فاذا غرته رجع عليها بما أخذت

ولنا أنها عين يجب تسايمها مع سلاتها وبقاء سبب الاستحقاق فوجب بدلها مقدراً بقيمتها أو مثلها كالغصوب والمستمار ، واذا خالها على عبد فخرج مفصوباً أو أم ولد فانها بأحنية يسلمه ويوافقها

وقال القاضي وأصحابه له المسمى في صداقها لأنها فوتت عليه البضع بعوض مجهول فيجب فيه قيمة ما فوتت عليه وهو الصداق وهو قول أصحاب الرأي ووجه القولين ما تقدم

(مسئلة) (وان خالها على حمل أمها أو ما تحمل شجرتها فله ذلك فان لم تحملها فقال أحمد رضيه بشي . وقال القاضي لا شيء له)

اذا خالها على حمل أمها أو غنمها أو غيرها من الحيوان أو قال على مافي بطونها أو ضرعها صح الخلم وحكي عن أبي حنيفة أنه يصح الخلم على مافي بطنها اذا ثبت هذا فان الولد إن خرج سليماً أو كان في ضرعها شيء من اللبن فهو له وان لم يخرج شيء فقال القاضي لا شيء له وبه قال مالك وأصحاب الرأي وقال ابن عقيل له مهر المثل وقال أبو الخطاب له المسمى وان خالها على ما تحمل أمها أو على ما يثمر نخلاها صح ، قال أحمد اذا خال امرأته على ثمرة نخلاها سنين فجاز فان لم تحمل نخلاها رضيه بشي . قيل له فان حمل نخلاها ؟ قال هذا أجود من ذاك قيل له يستقيم هذا ؟ قال نعم جائز فيحمل قول أحمد رضيه بشي . على الاستحباب لانه لو كان واجباً لتدر بتقدير يرجع اليه وفرق بين المسئلتين ومسئلة الدرام والمتاع حيث يرجع منهما على ما يقع عليه الاسم إذا لم يجد شيئاً وهما لا يرجع بشي . اذا لم يجد حملاً ولا ثمرة أن ثم أوهمته ان معها درام وفي بيتها متاع لانها خاطبته بلفظ يقتضي الوجود مع إمكان عليها به فكان له ما دل عليه لفظها كمالو خالته على عبد فوجد حراً وفي هاتين المسئلتين دخل

(فصل) وان خالها على محرم يعلمان تحريره كالحر والحر والخبر والميتة فهو كالخلم بغير عوض سواء لا يستحق شيئاً وبه قال مالك وابو حنيفة وقال الشافعي له عليها مهر المثل لانه معاوضة بالبضع فاذا كان العوض محرماً وجب مهر المثل كالكحلح

ولنا ان خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم على ما أسلفنا فاذا رضي بغير عوض لم يكن له شيء كما لو طلقها أو علق طلاقها على فعل شيء ففعلته وفارق النكاح فان دخول البضع في ملك الزوج متقوم ، ولا يلزم اذا خالها على عبد فبان حراً لانه لم يرض بغير عوض متقوم فيرجع بحكم الفرور وههنا رضي بما لا قيمة له ، اذا تقرر هذا فان كان الخلع بلفظ الطلاق فهو طلاق رجعي لانه خلا عن عوض ، وان كان بلفظ الخلع وكنيات الخلع ونوى به الطلاق فكذلك لان الكنيات مع النية كالصرح وان كان بلفظ الخلع ولم ينو الطلاق انبنى على أصل وهو انه هل يصح الخلع بغير عوض وفيه روايتان فان قلنا يصح صح ههنا ، وان قلنا لا يصح لم يصح ولم يقع شيئاً ، وان قال ان أعطيتني خيراً أو ميتة فانت طالق فأعطته ذلك طالت ولا شيء عليها وعند الشافعي عليها مهر المثل كقوله في التي قبلها

(فصل) فان قال إن أعطيتني عبداً فانت طالق فأعطته مدبراً أو معتقاً نصفه وقم الطلاق بهما لانها كائن في التملك وان أعطته حراً أو مغضوباً أو موهوباً لم تطلق لان العتية انما تنازل ما يصح تملكه وما لا يصح تملكه لانكون معطية له ، وان قال إن أعطيتني هذا العبد فانت طالق فأعطته إياه

معها في القدر مع تساويهما في العلم في الحال ورضاها بما فيه من الاحتمال فلم يكن له شيء غيره كما لو قال خالعتك على هذا الحر وقال أبو حنيفة لا يصح العوض ههنا لانه معدوم ولنا ان ما جاز في الحل في البطن جاز فيما يحمل كالوصية واختار أبو الخطاب أن له المسمى في الصداق وأوجب له الشافعي مهر المثل ولم يصحح أبو بكر الخلم في هذا كله وقد ذكرنا نصوص أحمد على جوازه والدليل عليه .

(مسألة) (وإن خالها على عبد فله أقل ما يسمى عبداً وان قال ان أعطيتني عبداً فانت طالق طقت بأي عبد أعطته طلاقاً بائناً وملك العبد نص عليه أحمد وقال القاضي يلزمها عبد وسط فيها إذا خالها على عبد مطلق أو عبيد وإن قل ان أعطيتني عبداً فانت طالق فانها تطلق بأي عبد أعطته إياه ويملكه بذلك ولا يكون له غيره وليس له الا ما يقيم عليه اسم العبد وان خالته على عبيد فله ثلاثة هذا ظاهر كلام أحمد وقياس قوله وقول الحرقي في مسألة الدراهم وقال القاضي لها عليه عبد وسط وتناول كلام أحمد على أنها تعطيه عبداً وسطاً وقد قال أحمد اذا قال اذا أعطيتني عبداً فانت طالق فاذا أعطته عبداً فهي طالق والظاهر من كلامه خلاف ما ذكره القاضي لانها خالته على مسمى مجهول فكان له أقل ما يقع عليه الاسم كما لو خالها على ما في يدها من الدراهم ولانه إذا قال ان أعطيتني عبداً فانت طالق فأعطته عبداً فقد وجد شرطه فيجب أن يقع الطلاق كما لو قال ان رأيت عبداً فانت طالق ولا

فاذا هو حر أو مغمصوب لم تطلق أيضاً لما ذكره أبو بكر وأوماً إليه أحمد ، وذكر القاضي وجه آخر أنه يقع الطلاق قال وأوماً إليه أحمد في مرضع آخر لأنه إذا عينه فقد قطع اجتهادها فيه فاذا أعطته إياه وجدت الصفة فوق الطلاق بخلاف غير المعين . ولا صاحب الشافعي أيضاً وجهان كذلك وعلى قولهم يقع الطلاق هل يرجع بقيمته أو بمهر المثل ؟ على وجهين

ولنا أن العطية إنما معناها المتبادر إلى النهم منها عند إطلاقها التمكن من تملكه بدليل غير المعين ولأن العطية ههنا التمليك بدليل حصول الملاء بها فيما إذا كان العبد مملوكاً لها وانتفاء الطلاق فيما إذا كان غير معين

(مسئلة) قال (واذا قالت له طلقني ثلاثاً بألف فطلقها واحدة لم يكن له شيء ولزمها تطليقة)

أما وقوع الطلاق بها فلا خلاف فيه ، وأما الألف فلا يستحق منه شيئاً ، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي له ثلث الألف لأنها استدعت منه فعلاً بعرض فاذا فعل بعضه استحق بتسطة من العرض كما لو قال من رد عبيدي فله ألف فرد ثلثهم استحق ثلث الألف وكذلك في بناء الحائط وخباطة الثوب . ولنا أنها بذات العرض في مقابلة شيء لم يجبهها إليه فلم يستحق شيئاً كما لو قال في المسابقة من

يلزمها أكثر منه لأنها لم تلزم له شيئاً فلا يلزمها شيء كما لو طلقها بغير خلع (فصل) فإن أعطته مدبراً أو معتقاً نصفه وقع الطلاق لانهما كالقن في التمليك وإن أعطته حرّاً أو مغمصوباً أو مرهوناً لم تطلق لأن العطية إنما تتناول ما يصح تملكه وما لا يصح تملكه لا تكون معطية له .

(فصل) فإن خالها على دابة أو بعير أو بقرة أو ثوب أو يقول إن أعطيتني ذلك فأنت طالق قالوا يجب في الخلع ما يقع عليه الاسم من ذلك ويقع الطلاق بها إذا أعطته إياه فيما إذا علق طلاقها على عطيته إياه ولا يلزمها غير ذلك في قياس ما قبلها ، وقال القاضي وأصحابه من الفقهاء ترد عليه ما أخذت من صداقها لأنها فوتت البضع ولم يحصل له العوض بجها لته فوجب عليها قيمة ما فوتت وهو المهر ولنا ما تقدم ولأنها ما التزمت له المهر المسمى ولا مهر المثل فلم يلزمها كما لو قال إن دخلت الدار فأنت طالق فدخلت ولأن المسمى قد استوفى بدله بالوطء فكيف يجب عليها بغير رضى ممن يجب عليه ؟ والاشبه لمذهب أحمد أن يكون الخلع بالجهول كالوصية به

(مسئلة) (واذا قال إذا أعطيتني هذا العبد فأنت طالق فأعطته إياه طلق فخرج معيياً فلا شيء له)

ذكره أبو الخطاب لأنه شرط لوقوع الطلاق أشبه ما لو قال إن ملكته فأنت طالق ثم ملكه وإن

سبق الى خمس اصابات فله ألف فسبق الى بعضها أو قالت بعني عبدك بألف فقال بعثك أحدهما بخمسائة وكما لو قالت طائفي ثلاثاً على ألف فطاعة واحدة فإن أبا حنيفة وافقنا في هذه الصورة على أنه لا يستحق شيئاً فإن قيل الفرق بينهما أن الباء للعوض دون الشرط وعلى للشرط فكأنها شرطت في استحقاقه الألف أن يطاعها ثلاثاً فلما لا نسلم أن على للشرط فإنها ليست مذكورة في حروفه وإنما معناها ومعنى الباء واحد وقد سوي بينهما فيما إذا قالت طائفي وضررتي بألف أو على ألف ومقتضى اللفظ لا يختلف بكون المطلقة واحدة أو اثنتين

(فصل) فإن قالت طائفي ثلاثاً وذلك ألف فهي كالتي قبلها أن طاعها أقل من ثلاث وقع الطلاق ولا شيء له ، وإن طاعها ثلاثاً استحق الألف ومذهب الشافعي وأبي يوسف ومحمد فيها كذهبهم في التي قبلها ، وقال أبو حنيفة لا يستحق شيئاً ، وإن طاعها ثلاثاً لأنه لم يعلق الطلاق بالعوض ولنا أنها استدعت منه الطلاق بالعوض فأشبهه ما لو قال رد عبدي وذلك ألف فرده ، وقوله لم يعلق الطلاق بالعوض غير مسلم فإن معنى الكلام وذلك ألف عرضاً عن طائفي فإن قرينة الحال دالة عليه ، وإن قالت طائفي وضررتي بألف أو على ألف عليهما فطاعة واحدة طلقت وعليها قسطها من الألف لأن عقد الواحد مع الاثنين بمنزلة العقدين وخالفه المرأتين بعوض عليهما خالفان فجاز أن ينعتد أحدهما صحيحاً موجباً للعوض دون الآخر ، وإن كان العوض منها وحدها فلا شيء له في قياس المذهب لأن

خرج مغصوباً لم يقع الطلاق لأن الاعطاء إنما يتناول ما يصح تملكه منها وما لا يصح تملكه متعذر فلا يصح من جهة إعطاء وغنه يقع وله قيمته وكذلك فيما إذا قال ان أعطيتني عبداً فأنت طالق ثم فأعطته عبداً مغصوباً لأنه خالفها على عوض يظنه مالاً فإن غير مال فيكون الخلع صحيحاً لأنه معاوضة بالبيع فلا يفسد بفساد العوض كالتكاح فعلى هذا يرجع عليها بالقيمة لأنه لم يرز بغير عوض (فصل) وإن خالفها على ثوب موصوف في الذمة واستقصى صفات السلم صح وعليها أن تعطيه إياه سليماً لأن إطلاق ذلك يقتضي السلامة كما في البيع والصدقة فإن دفعته إليه معيباً أو ناقصاً عن الصفات المذكورة فله الخيار بين إمساكه ورده والمطالبة بثوب سليم على تلك الصفة لأنه إنما وجب في الذمة سليم تام الصفات فيرجع بما وجب له لأنها ما أعطته الذي وجب عليها له فإن قال ان أعطيتني ثوباً صفته كذا وكذا فأعطته ثوباً على تلك الصفات طلقت وملكه وإن أعطته ناقصاً صفة لم يقع الطلاق ولم يملكه لأنه ما وجد الشرط فإن كان على الصفة لكن به عيب وقع الطلاق لوجود شرطه قال القاضي ويخير بين إمساكه ورده والرجوع بقيمته ، وهذا قول الشافعي إلا أن له قولاً أن يرجع بهر المثل على ما ذكرنا وعلى ما ذكرنا فيما تقدم أنه قال إذا قال ادأعطيتني ثوباً أو عبداً أو هذا الثوب أو هذا العبد فأعطته إياه معيباً طلقت وليس له سواء ، وقد نص أحمد على من قال ان أعطيتني هذا الألف فأنت طالق فأعطته إياه فوجده معيباً فليس له البذل وقال أيضاً ان أعطيتني عبداً فأنت طالق فإذا

العقد لا يتعدد بتعدد العوض ولذلك لو اشترى منه عبيدين بشمن واحد كان عقداً واحداً بخلاف ما إذا كان العاقد من أحد الطرفين اثنين فإنه يكون عقدين

(فصل) وإن قالت طلقني ثلاثاً بألف ولم يبق من طلاقها إلا واحدة فطلقها واحدة أو ثلاثاً بانت بثلاث، قال أصحابنا ويستحق الألف علمت أو لم تعلم وهو منصوص الشافعي، وقال المزني: لا يستحق إلا ثلث لألف لأنه إنما طلقها ثلاث ما طابت منه فلا يستحق إلا ثلث الألف كما لو كان طلاقها ثلاثاً، وقال ابن شريح إن علمت أنه لم ينب من طلاقها إلا طلبة استحق الألف وإن لم تعلم كقول المزني لأنها إن كانت عاملة كان معنى كلامها كل لي الثلاث وقد فعل ذلك ووجه قول أصحابنا أن هذه الواحدة كملت الثلاث وحصلت ما يحصل بالثلاث من البينة وتحریم العقد فوجب بها العوض كما لو طلقها ثلاثاً

(فصل) فإن لم يبق من طلاقها إلا واحدة فقالت طلقني بألف واحدة أبين بها واثنين في نكاح آخر فقال أبو بكر قياس قول أحمد أنه إذا طلقها واحدة استحق العوض فإن تزوج بها بعد ذلك ولم يطلقها رجعت عليه بالعوض لأنها بذات العوض في مقابلة ثلاث فإذا لم يرقع الثلاث لم يستحق العوض كما لو كانت ذات طلاق ثلاث فقالت طلقني ثلاثاً فلم يطلقها إلا واحدة ومقتضى هذا أنه إذا لم ينكحها نكاحاً آخر أنها ترجع عليه بالعوض وإنما يفوت نكاحه أياها بموت أحدهما وإن نكحها نكاحاً آخر وطلقها

أعطته عبداً فهي طالق وتمسكه وهذا يدل على أن كل موضع قال إن أعطيتني كذا فأعطته أياه فليس له غيره وذلك لأن الإنسان لا يلزمه شيء إلا بالزام أو التزام ولم يرد الشرع بالزامها هذا ولا هي التزمته له وإنما علق طلاقها على شرط وهو عطيتها له ذلك فلا يلزمها شيء سواء وقد ذكرناه

(فصل) إذا قال إن أعطيتني ألف درهم فأنت طالق فأعطته ألفاً أو أكثر طلقت لوجود الصفة وإن عطته دون ذلك لم تطلق لعدمها وإن أعطته ألفاً وازنة لا ينقص في العدد طلقت وإن أعطته ألفاً عدداً ينقص في الوزن لم تطلق لأن إطلاق الدرهم ينصرف إلى الوازن من دراهم الإسلام وهي أن كل عشرة منها وزن سبعة مثاقيل ويحتمل أن الدرهم إذا كانت تنفق برءوسها من غير وزن طلقت لأنها يقع عليها اسم الدرهم ويحصل منها مقصودها ولا تطلق إذا أعطته وازنة تنقص في العدد كذلك وإن أعطته ألفاً مغشوشة بنحاس أو رصاص أو نحوه لم تطلق لأن إطلاق الألف يتناول ألفاً من الفضة وليس في هذه ألف من الفضة وإن زادت على ألف بحيث تكون فيها الفضة طلقت لأنها قد أعطته ألفاً فضة وإن أعطته سبيكة تباع ألفاً لم تطلق لأنها لا تسمى دراهم فلم توجد الصفة بخلاف المغشوشة فإنها تسمى دراهم وإن أعطته الفاردي الجنس خشونة أو سواداً أو كانت خشنة السكة لأن الصفة وجدت قال القاضي وله ردها وأخذ بدلها وهذا قد ذكرناه في المسئلة التي قبلها

﴿مسئلة﴾ (وإن قال إن أعطيتني ثوباً هروياً فأنت طالق فأعطته مروياً لم تطلق)

الثنتين لم ترجع عليه بشي، وإن لم يطلعه الا واحدة رجعت عليه باي عرض كله، وقال القاضي الصحيح في المذهب أن هذا لا يصح في الطقتين الاخرتين لانه اى في طلاق ولا يصح السلم في الطلاق ولانه معارضة على الطلاق قبل النكاح والطلاق قبل النكاح لا يصح فالمعارضة عليه أولى فإذا بطل فيهما انبني ذلك على تفريق الصفة فان قلنا تفرق فيه ثلث لالف وان قلنا لا تفرق فسد العوض في الجميع ويرجع بالمسمى في عقد النكاح (فصل) وان قالت طلقني واحدة بألف فطلقها ثلاثا استحق الالف، وقال محمد بن الحسن قياس قول أبي حنيفة انه لا يستحق شيئاً لان الثلاث مخالفة للواحدة لان تحريمها لا يرتفع الا بزواج واصابة وقد لا تريد ذلك ولا تبدل العوض فيه فلم يكن ذلك إيقاعاً لما استدعته بل هو إيقاع مبتدأ فلم يستحق به عوضاً

ولنا أنه أوقع ما استدعته وزيادة لان الثلاث واحدة واثنان وكذلك لو قال طلقني نفسك ثلاثا فطلقت نفسها واحدة وقع فيستحق العوض بالواحدة وما حصل من الزيادة التي لم تبدل العوض فيها لا يستحق بها شيئاً فان قال لها أنت طالق بألف وطالق وطالق وقعت الاولى باثنتي ولم تقم الثانية ولا الثالثة لانها جاء بعد بينهما وهذا مذهب الشافعي وان قال لها أنت طالق وطالق وبالف وقع الثلاث وان قال أنت طالق وطالق وطالق ولم يقل بألف قيل له ايتهن أو تمت بالالف؟ فان قال

لان الصفة التي علق الطلاق عليها لم توجد وان أعطته هروياً طلقت وان خالها على مروي فاعطته هروياً فالخلم واقم ويطلبها بما خالها عليه وان خالها على ثوب بعينه على أنه هروي فبان مروياً فالخلع صحيح لان جنسهما واحد وأما ذلك اختلاف صفة فخرى مجرى العيب في العوض وهو خير بين امساكه ولا شيء له غيره وبين رده وأخذ قيمته هروياً لان مخالفة الصفة بمنزلة العيب في جواز الرد وقال أبو الخطاب وعندي أنه لا يستحق شيئاً سواء لان الخلع على عينه وقد أخذه وان خالها على ثوب على أنه قطن فبان كئناً رده ولم يكن له امساكه لانه جنس آخر واختلاف الاجناس كاختلاف الاعيان بخلاف ما لو خالها على هروي فخرج مروياً فان الجنس واحد.

(فصل) وكل موضع علق طلاقها على عطيتها اياه فحق أعطته على صفة يمكنه القبض بيئته وقع الطلاق سواء قبضه منها أو لم يقبضه لان العطية وجبت فانه ينال أعطيته فلم يأخذ ولانه علق اليمين على فعل من جهتها والذي من جهتها في العطية البدل على وجه يمكنه قبضه فان هرب الزوج أو غاب قبل عطيتها أو قالت يضمنه لك زيد أو اجعله قصاصاً بما لي عليك وأعطته به رهناً أو أحالته به لم يقع الطلاق لان العطية ما وجدت ولا يقع الطلاق بدون شرطه وكذلك كل موضع تعذرت العطية فيه لا يقع الطلاق سواء كان التعذر من جهته أو من جهتها أو من جهة غيرها لا تنفاه الشرط ولو قالت طلقني بالف فطلقها استحق الالف وبانت وان لم يقبض نص عليه احمد وقال احمد لو قالت لا أعطيك شيئاً يأخذها بالالف يعني ويقع الطلاق لان هذا ليس بتعليق على شرط بخلاف الاول

الاولى بانت بها ولم يقع ما بعدها وان قال الثانية بانت بها ووقعت بها طلقته وان قال الثالثة وقع الكل وان قال نويت ان الالف في مقابلة الكل بانت الاولى وحدها ولم يقع بها ما بعدها لان الاولى حصل في مقابلتها عوض وهو قسطها من الالف فبانت بها وله ثلث الالف لانرضي بان يوقعها بذلك مثل أن تقول طلقني بألف فيقول أنت طالق بخمسمائة هكذا ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي ويحتمل أن يستحق الالف لأنه أتى بما بذلت العرض فيه بنية العوض فلم يسقط بعوضه بنية كولو قالت رد عدي بألف فرده ينوي خمسمائة وان لم ينو شيئا استحق الالف بالاولى ولم يقع بها ما بعدها ويحتمل أن تقع الثلاث لان الواو لجمع ولا تقتضي ترتيبا فهو كقوله أنت طالق ثلاثا بألف وكذلك لو قال لغير مدخل بها أو قال أنت طالق وطالق وطالق بألف طلقت ثلاثا

(فصل) واذا قالت طلقني بألف أو على أن لك ألفا أو ان طلقنتي فلك علي الف فقال أنت طالق استحق الالف وان لم يذكره لان قوله جواب لما استدعته منه والوال معاد في الجواب فأشبهه ما لو قالت بعني عبدك بألف فقال بعته وان قالت اخواني بألف فقال أنت طالق فان قلنا الخاتم طلقه بائنة وقع واستحق العوض لأنه أجابها الى ما بذلت العوض فيه وان قلنا هو فسخ احتمل أن يستحق العوض أيضا لان الطلاق يتضمن ما طلبته وهو بينوتها رفية زيادة نقصان العدد فأشبهه ما لو قالت طلقني واحدة بألف فطلقها ثلاثا احتمل أن لا يستحق شيئا لأنها استدعت منه فسخا فلم يجبهها

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (وان قال ان أعطيتني أو اذا أعطيتني أو متى أعطيتني الفأ فأنت طالق كان على التراخي أي وقت أعطته الفأ طلقت

وجملة ذلك ان تعليق الطلاق على شرط العطية أو الضمان أو التملك لازم من جهة الزوج لزوما لا سبيل الى رفعه فان المذهب فيها حكم التعليق المحض بدليل صحة تعليقه على الشروط ويقع الطلاق بوجود الشرط سواء كانت العطية على الفور أو التراخي وقال الشافعي اذا قال متى أعطيتني أو متى ما أعطيتني واي حين أو اي زمان أعطيتني الفأ فأنت طالق كان على التراخي وان قال ان أعطيتني أو اذا أعطيتني انفأ فأنت طالق كان على الفور فان أعطته جوابا لكلامه وقع الطلاق وان تأخر الاعطاء لم يقع الطلاق لان قبول المعاوضات على الفور فان لم يوجد تصريح منه بخلافه وجب حمل ذلك على المعاوضات بخلاف متى واي فان فيها تصريحاً بالتراخي ونصا فيه وان صار معاوضة فان تعليقه بالصفة جائز اما ان واذا فانهما يحلان على الفور والتراخي فاذا تعلق بهما العوض حمل على الفور

وانا انه علق الطلاق بشرط الاعطاء فكان على التراخي كسائر التعليق او نقول علق الطلاق بلفظ مقتضاة التراخي فكان على التراخي كما لو خلا عن العوض والدليل على انه يقتضي التراخي انه يقتضيه اذا خلا عن العوض ومقتضيات الالفاظ لا تختلف بالعوض وعدمه وهذه المعاوضة معدول بها عن سائر المعاوضات بدليل جواز تعليقها على الشروط ويكون على التراخي فيما اذا علقها بمتى أو بأي وكذلك في

اليه وأوقع طلاقاً ما طلبته ولا بذات فيه عوضاً، فعلى هذا يحتمل أن يقع الطلاق رجعيًا لأنه أوقعه مبتدئًا به غير مبذول فيه عوض فأشبهه ما لو طلقها ابتداءً ويحتمل أن لا يقع لأنه أوقعه بعوض فإذا لم يحصل العوض لم يقع لأنه كالشرط فيه فأشبهه ما لو قال ان أعطيتني ألفاً فأنت طالق وإن قالت طلقني بألف فقال خلعك فان قلنا هو طلاق استحق الألف لأنه طلقها وإن نوى به الطلاق فكذلك لأنه كناية فيه وإن لم ينو الطلاق وقلنا ليس بطلاق لم يستحق عوضاً لأنه ما أجابها إلى ما بذات العوض فيه ولا يتضمنه لأنها سأله طلاقاً ينتص به عدد طلاقه فلم يجبهها اليه وإذا لم يجب العوض لم يصح الخلع لأنه إنما خالها معتدداً لحصول العوض فإذا لم يحصل لم يصح ويحتمل أن يكون كالحلع بغير عوض وفيه من الخلاف ما فيه

(فصل) ولو قالت له طلقني عشراً بألف فطلقها واحدة أو اثنتين فلا شيء له لأنه لم يجبهها إلى ما سألت فلم يستحق عليها ما بذات وإن طلقها ثلاثاً استحق الألف على قياس قول أصحابنا فيما إذا قالت طلقني ثلاثاً بألف ولم يبق من طلاقها إلا واحدة فطلقها واحدة استحق الألف لأنه قد حصل بذلك جميع المقصود

(فصل) ولو لم يبق من طلاقها إلا واحدة فقالت طلقني ثلاثاً بألف فقال أنت طالق طلقين الأولى بألف والثانية بغير شيء وقعت الأولى واستحق الألف ولم تقع الثانية وإن قال الأولى بغير

مستلئنا ولا يصح قياس نحن فيه على غيره من المعاضات لما ذكرنا من الفرق، ثم يبطل قياسهم بقول السيد لعبد الله أن أعطيتني ألفاً فأنت حر فإنه كمستلئنا وهو على التراخي على اتنا قد ذكرنا أن حكم هذه الشروط حكم اللفظ المطلق.

(فصل) إذا قال لامرأته أنت طالق بألف إن شئت لم تطلق حتى تشاء فإذا شاءت وقع الطلاق بائناً ويستحق الألف سواء سأله الطلاق فقالت طلقني بألف فأجابه أو قال ذلك لها ابتداءً لأنه علق طلاقها على شرط فلم يوجد قبل وجوده، وتعتبر مشيئتها بالقول فانها وإن كان محلها القلب فلا يعرف ما في القلب إلا بالنطق فتعلق الحكم به، ويكون ذلك على التراخي فتى شاءت طلقت نص عليه أحمد ومذهب الشافعي كذلك إلا أنه على الفور عنده، ولو أنه قال لامرأته أمرك بيدك إن ضمنيت لي ألفاً فقياس قول أحمد أنه على التراخي لأنه نص على أن أمرك بيدك على التراخي ونص على أنه إذا قال لها أنت طالق إن شئت إن لها المشيئة بعد مجلسها ومذهب الشافعي على الفور لما تقدم

ولنا أنه لو قال لعبد الله إن ضمنيت لي ألفاً فأنت حر كان على التراخي، ولو قال له أنت حر على ألف إن شئت كان على التراخي والطلاق نظير العتق، فعلى هذا متى ضمنيت له ألفاً كان أمرها بيدها وله الرجوع بما جعل اليها لأن أمرك بيدك توكيل منه لها، وله الرجوع فيه كما يرجع في الوكالة (المغني والشرح الكبير) (٢٧) (الجزء الثامن)

شيء وقعت وحدها ولم يستحق شيئاً لانه لم يجعل لها عوضاً وكلت الثلاث وإن قال أحدهما بألف
لزمها الألف لأنها طلبت منه طلاقاً بألف فاجابها اليها وزادها أخرى

(فصل) وإن قالت طلقتني بألف إلى شهر أو أعطته الفاً على أن يطلقها إلى شهر فقال إذا جاء رأس
الشهر فانت طالق صح ذلك واستحق العوض ووقع الطلاق عند رأس الشهر بألف لانه بهوض وإن
طلقها قبل مجيئ الشهر طلقت ولا شيء له ذكره أبو بكر وقال روى ذلك عن أحمد علي بن سعيد وذلك
لانه إذا طلقها قبل رأس الشهر فقد اختار إيقاع الطلاق من غير عوض ، وقال الشافعي إذا أخذ منها
ألفاً على أن يطلقها إلى شهر فطأها بألف بانت وعليها مهر المثل لان هذا سلف في طلاق فلم يصح لان
الطلاق لا يثبت في الذمة ولانه عقد يتعلق بهين فلا يجوز شرط تأخير التسليم فيه

ولما أنها جعلت له عوضاً صحيحاً على طلاقها فإذا طلقها استحقه كما لو لم يقل إلى شهر ولأنها
جعلت له عوضاً صحيحاً على طلاقها فلم يستحق أكثر منه كالأصل ، وإن قالت لك ألف على أن
تطعنني أي وقت شئت من الآن إلى شهر صح في قياس المصلحة التي قبلها ، وقال القاضي لا يصح لان
زمن الطلاق مجهول فإذا طلقها فله مهر المثل وهذا مذهب الشافعي لانه طأها على عوض لم يصح إفساده
ولما ما تقدم في التي قبلها ، ولا تضر المصلحة في وقت الطلاق لانه مما يصح تأجيله على الشرط
فصح بذل العوض فيه مجهول الوقت كالجعالة ولانه لو قال متى أعطيتني الفاً فانت طالق صح ، وزنه

وكذلك لو قال لزوجتي طائفي نفسك إن ضمنت لي الفاً فنتي ضمنت له ألفاً وطلقت نفسها وقع ما لم يرجع
وإن ضمنت الألف ولم تطلق أو طلقت ولم تضمن لم يقع الطلاق

❊ مسألة ❊ (إذا قالت اخذني بألف أو على ألف ففعل بانت واستحق الألف)

لان الباء للمقابلة وعلى في معناها فيقع العقد بهما ويستحق العوض ويكفي قوله وإن لم يذكر
الألف لان قوله جواب لما استدعته منه والسؤال كالمعاد في الجواب فأشبهه ما لو قالت بعني عبدك بألف
نقال بعته وكذلك إن قالت طلقتني ثلاثاً بألف أو على ألف أو على أن لك ألفاً أو إن طلقتني
فلك علي ألف فقال أنت طالق لما ذكرنا .

(فصل) فإن قالت اخذني بألف فقال أنت طالق ، فإن قلنا الخلع طلاقاً بائناً وقع واستحق الألف ،
لانه أجابها إلى ما بذلت العوض فيه ، وإن قلنا هو فسخ احتمل أن يستحق العوض أيضاً ، لان
الطلاق يتضمن ما طلبت وهو البينونة وفيه زيادة نقصان العدد فأشبهه ما لو قالت طلقتني واحدة بألف
فطلقها ثلاثاً واحتمل أن لا يستحق شيئاً لأنها استدعت منه فسخاً فلم يجبهها اليه وأوقع ما طلبته
ولا بذلت فيه عوضاً ، فعلى هذا يحتمل أن يقع الطلاق رجعياً لانه أوقعه مبتدئاً به غير مبذول فيه
عوض فأشبهه ما لو طلقها ابتداءً ، ويحتمل أن لا يقع لانه أوقعه بعوض فإذا لم يحصل العوض لم يقع لانه
كالشرط فيه فأشبهه ما لو قال إن أعطيتني الفاً فانت طالق ، فإن قالت طلقتني بألف قال خلعتك فإن

مجهول أكثر من الجهالة ههنا فان الجهة ههنا في شهر واحد وتم في العمر كله وقول القاضي له مهر المثل مخالف لقياس المذهب فانه ذكر في المواضع التي يفسد فيها العوض ان له المسمى فكذلك يجب أن يكون ههنا ان حكمنا بفساده والله أعلم

(فصل) اذا قال لها أنت طالق وعليك ألف وقعت طلقة رجعية ولا شيء عليها لانه لم يجعل له العوض في مقابلتها ولا شرطاً فيها وانما عطف ذلك على طلاقها فأشبه به ما لو قال أنت طالق وعليك الخج فان أعطته المرأة عن ذلك عوضاً لم يكن عوضاً لانه لم يقابل به شيء وكان ذلك هبة مبتدأة يعتبر فيه شرائط الهبة ، وإن قالت المرأة ضمنت لك ألفاً لم يصح لان الضمان إنما يكون عن غير الضامن لحق واجب أو ماله إلى الوجوب وليس ههنا شيء من ذلك

وذكر القاضي أنه يصح لان ضمان ما لم يجب يصح ولم أعرف لذلك وجها الا أن يكون أراد أنها اذا قالت له قبل طلاقها ضمنت لك ألفاً على أن تطلقني فقال أنت طالق وعليك ألف فانه يستحق الالف ، وكذلك اذا قالت طلقني طلقة بألف فقال أنت طالق وعليك ألف وقع الطلاق وعليها ألف لان قوله أنت طالق يكفي في صحة الخلع واستحقاق العوض وما وصل به تأكيد ، فان اختلفا فقال أنت استدعيت مني الطلاق بالالف فأنكرته فاقول قولها لان الاصل عدمه فاذا حلفت برئت من العوض وبانت لان قوله مقبول في بينونها لانها حقه غير مقبول في العوض لانه عليها وهذا مذهب الشافعي وأبي حنيفة ، وان قال ما استدعيت مني الطلاق وإنما أنا ابتدأت فلي عليك الرجعة وادعت

قلنا هو طلاق استحق العوض لانه طلقها ، وإن نوى به الطلاق فكذلك لانه كناية فيه ، وإن لم ينو الطلاق وقلنا ليس بطلاق لم يستحق عوضاً لانه ما أجابها إلى ما بذات العوض فيه ولا يتضمنه لانها سأله طلاقاً ينقص به عدد الطلاق فلم يجبه اليه واذا لم يجب العوض لم يصح الخلع لانه إنما خالعه معتقداً لحصول العوض فاذا لم يحصل لم يصح ويحتمل أن يكون كالخلع بغير عوض فيه من الخلاف ما فيه **مسئلة** (واذا قالت طلقني واحدة بألف فطلقها ثلاثاً استحق الالف)

وقال محمد بن الحسن قياس قول أبي حنيفة أنه لا يستحق شيئاً لان الثلاث مخالفة للواحدة لان تحریمها لا يرتفع إلا بزواج واصابة وقد لا يريد ذلك ولا يبذل العوض فيه فلم يكن ايقاعاً لما استدعته بل هو ايقاع مبتدأ فلم يستحق شيئاً

ولنا أنه أوقع ما استدعته وزيادة لان الثلاث واحدة واثنان وكذلك لو قال طلقني نفسك ثلاثاً فطلقت نفسها واحدة وقع فيستحق العوض بالواحدة وما حصل من الزيادة التي لم تبذل العوض فيها لا يستحق بها شيئاً ، وان قال لها أنت طالق بألف وطالق وطالق وقعت الاولى باثنتي ولم تقع الثانية ولا الثالثة وهذا مذهب الشافعي ، وان قال لها أنت طالق وطالق وطالق بألف وقع الثلاث ، وان قال أنت طالق وطالق وطالق ولم يقل بألف قيل له أيتها أوقعت بالالف ؟ فان قال الاولى بانت بها ،

أن ذلك كان جواباً لاستدعائها فالقول قول الزوج لأن الأصل معه ولا يلزمها الألف لأنه لا بدعيه
وان قال أنت طالق على الألف فالنصوص عن أحمد أن الطلاق يقع رجعيًا كقوله أنت طالق وعليك
الف فإنه قال في رواية مهنا في الرجل يقول لامرأته أنت طالق على الف درهم فلم تقل هي شيئاً فهي
طالق بملك الرجعة ثانياً وقال القاضي في المجرّد ذلك للشرط تقديره ان ضمننت لي ألفاً فأنت طالق فان
ضمننت له ألفاً وقع الطلاق بائناً وإلا لم يقع، وكذلك الحكم إذا قال أنت طالق على أن عليك فقياس
قول أحمد الطلاق يقع رجعيًا ولا شيء له وعلى قول القاضي ان قبلت ذلك لزمها الألف وكان خلها
والا لم يقع الطلاق وهو قول أبي حنيفة والشافعي وهو أيضاً ظاهر كلام الخري، لأنه استعمل على
بمعنى الشرط في مواضع من كتابه منها قوله وإذا أنكحها على أن لا يتزوج عليها فلها فراقه إن تزوج
عليها وذلك أن على تستعمل بمعنى الشرط بدليل قول الله تعالى في قصة شعيب (إني أريد أن أنكحك
أحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثمانى حجج) وقال (فهل نجعل لك خرجاً على أن تجعل بيننا
وبينهم سداً؟) وقول موسى (هل أتبعك على أن تعلمني معاملة رشداً؟) ولو قال في النكاح زوجتك
ابنتي على صداق كذا صح، وإذا أوقعه بعرض لم يقع بدونه وجري مجرى قوله أنت طالق ان أعطيتني
ألفاً أو ضمننت لي ألفاً، ووجه الأول أنه أوقع الطلاق غير معاق بشرط وجعل عليها عوضاً لم تبذله فوقع
رجعيًا من غير عوض كما لو قال أنت طالق وعليك ألف ولأن على ليست للشرط ولا للمعاوضة ولذلك
لا يصح أن يقول بعثك ثوبى على دينار

ولم يقع ما بعدها، وان قال الثانية بانت بها ووقع بها طلقان ولم تقع الثالثة، وان قال الثالثة وقع
الكل، وان قال نويت أن الألف في مقابلة الكل بانت بالاولى وحدها ولم يقع بها ما بعدها
لان الاولى حصل في مقابلتها عوض وهو قسطها من الألف فبانت بها وله ثلث الألف لانه رضي أن
يوقعها بذلك مثل أن تقول طلقني بألف فيقول أنت طالق بخمسائة هكذا ذكره القاضي وهو مذهب
الشافعي ويحتمل أن يستحق الألف لأنه أتى بما بذلت بالعوض فيه بنية العوض فلم يسقط بعضه بغيره
كما لو قال رد عبدي بألف فردّه ينوي خمسمائة وان لم ينو شيئاً استحق الألف بالاولى ولم يقع
ما بعدها، ويحتمل أن يقع الثلاث لان الواو للجمع لا تقتضي ترتيباً فهو كقوله أنت طالق ثلاثاً بألف
وكذلك لو قال ذلك لغير مدخول بها أو قال أنت طالق وطالق وطالق بألف طلقت ثلاثاً
﴿مسألة﴾ (وان قالت طلقني ثلاثاً بألف فطلقها واحدة لم يستحق شيئاً ويحتمل أن يستحق
ثلث الألف)

فعلى هذا يقع الطلاق ولا يستحق شيئاً، ويحتمل أن يستحق ثلث الألف وهو قول أبي حنيفة
وصاحبه ومالك والشافعي لأنها استدعت منه فلا بعوض فإذا فعل بعضه استحق بقسطه كما لو قال من
رد عبدي فله ألف فردّ ثلثهم استحق ثلث الألف وكذلك في بناء الحائط وخياطة الثوب

(فصل) واذا قال أنت طائي ثلاثا بألف فقالت قبلت واحدة منها بألف وقع الثلاث واستحق الالف لان إيقاع الطلاق اليه وإنما علقه بعوض يجري مجرى الشرط من جهتها وقد وجد الشرط فيقع الطلاق ، وإن قالت قبلت بألفين وقع ولم يلزمها الالف الزائد لان القبول لما أوجبه دون ما لم يوجبه وإن قالت قبلت بخمسائة لم يقع لان الشرط لم يوجد ، وإن قالت قبلت واحدة من الثلاث بثلاث الالف لم يقع لانه لم يرض بانقطاع رجعه عنها الا بألف ، وإن قال أنت طالق طلقين احدهما بألف وقعت بها واحدة لانها بغير عوض ووقعت الاخرى على قبولها لانها بعوض

﴿مسئلة﴾ قال (واذا خالعت الامة بغير اذن سيدها على شيء معلوم كان الخلع واقماً ويتبعها اذا عتقت بمثله ان كان له مثل والأفقيته)

في هذه المسئلة ثلاثة فصول :

(أحدها) أن الخلع مع الامة صحيح سواء كان باذن سيدها أو بغير اذنه لان الخلع يصح مع الاجنبي فمع الزوجة أولى ويكون طلاقها على عوض بائناً والخلع معها كالخلع مع الحرة سواء

(الفصل الثاني) أن الخلع اذا كان بغير اذن سيدها على شيء في ذمتها فانه يتبعها اذا عتقت لانه رضي بذمتها ولو كان على عين فالذي ذكر الحرق أنه يثبت في ذمتها مثله أو قيمته ان لم يكن مثلياً

ولنا أنها بذلت العوض في مقابلة شيء لم يحجبها اليه فلم يستحق شيئاً كما لو قال في المسابقة : من سبق الى خمس اصابات فله الف فسبق الى بعضها ، أو قالت بعني عبدك بألف فقال بعتك أحدها بخمسمائة ، وكما لو قالت طلقني ثلاثاً على الف عند أبي حنيفة ، فان قيل الفرق بينها ان الباء للعوض دون الشرط وعلى الشرط فكأنها شرطت في استحقاقه الالف أن يطلقها ثلاثاً ، قلنا لا نسلم أن على الشرط فانها ليست مذكورة في حروفه وإنما معناها ومعنى الباء واحد وقد سوى بينهما فيما اذا قالت طلقني وضررتي بألف أو على الف ومقتضى اللفظ لا يختلف بكون المطلقة واحدة أو اثنتين

(فصل) فان قالت طلقني ثلاثاً ولك الف فهي كاتية قبلها ان طلقها أقل من ثلاث وقع الطلاق ولا شيء له ، وإن طلقها ثلاثاً استحق الالف ، ومذهب الشافعي وأبي يوسف ومحمد فيها كذهبهم في التي قبلها ، وقال أبو حنيفة لا يستحق شيئاً ، وإن طلقها ثلاثاً لانه لم يعلق الطلاق بالعوض

ولنا أنها استدعت منه الطلاق بالعوض فأشبهه ما لو قال رد عبيدي ولك الف فردته ، وقوله لم تعلق الطلاق بالعوض ممنوع فان معنى الكلام ولك الف عن طلاق فان قرينة الحال دالة وإن قالت طلقني وضررتي بألف أو على ألف علينا فطلقها وحدها طلقت وعليها قسطها من الالف لان عقد الواحد مع الاثنين بمنزلة العقدین وخلعه المرأتين بعوض عايشها خالمان فجاز أن ينعقد أحدهما صحيحاً موجباً للعوض دون الآخر وإن كان العوض منها وحدها فلا شيء له في قياس المذهب لان العقد لا يتعدد بتعدد

لانها لا تملك العين وما في يدها من شيء فهو لسيدها فيلزمها بذله كما لو خالها على عبد فخرج حراً أو مستحقاً وقياس المذهب أنه لا شيء له لانه اذا خالها على عين وهو يعلم أنها أمة فقد علم أنها لا تملك العين فيكون راضياً بغير عوض فلا يكون له شيء كما لو قال خالعتك على هذا المنصوب أو هذا الحر وكذلك ذكر القاضي في المجرّد قال هو كالخلع على المنصوب لانها لا تملكها وهذا قول مالك وقال الشافعي يرجع عليها بمهر المثل كقوله في الخلع على الحر والمنصوب ويمكن حمل كلام الحارثي على أنها ذكرت لزوجها أن سيدها أذن لها في هذا الخلع بهذه العين ولم تكن صادقة أو جهل أنها لا تملك العين، أو يكون اختاره فيما اذا خالها على منصوب أنه يرجع عليها بقيمته ويكون الرجوع عليها في حال عتقها لانه الوقت الذي تملك فيه فهي كالمعسر يرجع عليه في حال يساره ويرجع بقيمته أو مثله لانه مستحق تعذر تسليمه مع بقاء سبب الاستحقاق فوجب الرجوع بمثله أو قيمته كالمنصوب

(الفصل الثالث) اذا كان الخلع باذن السيد تعلق العوض بذمته هذا قياس المذهب كما لو أذن لعبده في الاستدانة، ويحتمل أن يتعلق برقة الامة، وان خالعت على معين باذن السيد فيه ملكه، وإن أذن في قدر المال خالعت بأكثر منه فالزيادة في ذمتها، وإن أطاق الاذن اقتضى الخلع بالمسمى لها فان خالعت به أو بما دونه لزم السيد، وإن كان بأكثر منه تعافيت الزيادة بذمتها كما لو عين لها فدرأ خالعت بأكثر منه وان كانت مأذوناً لها في التجارة سلمت العوض مما في يدها

العوض وكذلك لو اشترى من انسان عبيدين بشمن واحد كان عقداً واحداً بخلاف ما اذا كان العاقد من أحد الطرفين اثنين فانه يكون عقدين

﴿مسئلة﴾ (وان لم يكن بقي من طلاقها الا واحدة ففعل استحق الالف علمت أو لم تعلم ويحتمل أن لا يستحق الا ثلثه اذا لم تعلم)

اذا قالت طلقني ثلاثاً، بألف ولم يكن بقي من طلاتها الا واحدة فطلقها واحدة أو ثلاثاً بآبانت بثلاث. قال أصحابنا ويستحق الالف علمت أو لم تعلم وهو منصوص الشافعي.

وقال المزني لا يستحق الا ثلث الالف لانه انما طلقها ثلث ما طلبت منه فلا يستحق الا ثلث الالف كما لو كان طلاقها ثلاثاً ويحتمل أن لا يستحق الا ثلثه اذا لم تعلم وهو قول ابن شريح لانها ان كانت عالة كان معنى كلامها كمل لي الثلاث وقد فعل ذلك. ووجه قول أصحابنا أن هذه الواحدة كملت الثلاث وحصلت ما يحصل بالثلاث من اليقونة وتحريم العقد فوجب بها العوض كما لو طلقها ثلاثاً

(فصل) فان لم يكن في طلاقها إلا واحدة فقالت طلقني بألف واحدة أبني بها واثنين في نكاح آخر فقال أبو بكر قياس قول أحمد أنه إذا طلقها واحدة استحق العوض فان تزوج بها بعد ولم يطلقها رجعت عليه بالعوض لانها بذات العوض في مقابلة ثلاث، فاذا لم يوقع الثلاث لم يستحق العوض كما لو كانت ذات تطليقات ثلاث فقالت طلقني ثلاثاً فلم يطلقها الا واحدة. ومقتضى هذا أنه اذا لم

(فصل) والحكم في المكاتبه كالحكم في الامة القن سواء لانها لا تملك التصرف فيما في يدها تبرع ومالا حظ فيه وبذل المال في الخلع لافائدة فيه من حيث تحصيل المال بل فيه ضرر بسقوط نفقتها وبعض مهرها ان كانت غير مدخول بها ، واذا كان الخلع بغير اذن السيد فالعوض في ذمتها يتبعها به بعد العتق ، وان كان باذن السيد سلمه مما في يدها وان لم يكن في يدها شيء فهو على سيدها (فصل) ويصح خلع المحجور عليها لفسل ، وبذلها للعوض صحيح لان لها ذمة يصح تصرفها فيها ويرجع عليها بالعوض اذا أيسرت ، ونكح الحاجر عنها وایس له مطالبتها في حال حجبها كولو استدانته منه أو باعها شيئاً في ذمتها

(فصل) فأما المحجور عليها لفسه أو صغر أو جنون فلا يصح بذل العوض منها في الخلع لانه نصرف في المال وایس هي من أهله وسواء أذن فيه الولي أو لم يأذن لانه ایس له الاذن في التبرعات وهذا كالنبرع ، وفارق الامة فانها أهل التصرف ولهذا تصح منها الهبة وغيرها من التصرفات باذنه ويفارق المفلسة لانها من أهل التصرف . فان خالع المحجور عليها بانظر يكون طلاقاً فهو طلاق رجعي ولا يستحق عوضاً ، وان لم يكن الافظ مما يقع به الطلاق كان كالخلع بغير عوض ، ويحتمل أن لا يتم الخلع ههنا لانه انما رضي به بعوض ولم يحصل له ولا أمكن الرجوع بدله : قال أصحابنا وایس لولي هؤلاء المخالعة بشيء من ما لهم لانه انما يملك التصرف بما لها فيه الحظ ، وهذا لاحظ فيه بل فيه اسقاط

ينكحها نكاحاً آخر أنها ترجع عليه بالعوض وانما يفوت نكاحه إياها بموت أحدهما ، وان نكحها نكاحاً آخر وطلقها اثنتين لم ترجع عليه بشيء ، وإن لم يطلقها إلا واحدة رجعت عليه بالعوض كله . وقال القاضي الصحيح من المذهب أن هذا لا يصح في الطلقتين الآخريتين لانه سلف في طلاق ولا يصح السلف في الطلاق ولانه معاوضة على الطلاق قبل النكاح لا يصح فالمعاوضة عليه أولى ، فاذا بطل فيهما انبني ذلك على تفريق الصفقة فان قلنا تفرق فله ثلث الالف وان قلنا لا تفرق فسد العوض في الجميع ويرجع بالمسمى في عقد النكاح .

(فصل) ولو قالت طلقني عشراً بألف فطلقها واحدة أو اثنتين فلا شيء له لانه لم يجبهما الى ما سألت فلا يستحق عليها ما بذلت ، وان طلقها ثلاثاً استحق الالف على قياس قول أصحابنا فيما اذا قالت طلقني ثلاثاً بألف ولم يكن بقي من طلاقها الا واحدة فطلقها واحدة استحق الالف لانه قد حصل بذلك جميع المقصود .

﴿مسئلة﴾ (ولو لم يكن بقي من طلاقها الا واحدة فقات طلقني ثلاثاً بألف فقال أنت طالق طلقتين الاولى بألف والثانية بغير شيء وقعت الاولى واستحق الألف ولم تقع الثانية ، وإن قال الاولى بغير شيء وقعت وحدها ولم يستحق شيئاً لانه لم يجعل لها عوضاً وكملت الثلاث وان قال احداها بألف لزمها ألف لانها طلبت منه طلاقاً بألف فأجابها اليه وزادها أخرى .

نفقتها ومسكنها وبذل مالها ، ويحتمل أن يملك ذلك إذا رأى الحظ فيه ويمكن أن يكون الحظ لها فيه بتخليصها من يتلف مالها وتخاف منه على نفسها وعقلها ولذلك لم يعد بذل المال في الخلع تبذيراً ولا سفهاً فيجوز له بذل مالها لتحصيل حفظها وحفظ نفسها ومالها كما يجوز بذله في مداواتها وفكها من الأمر وهذا مذهب مالك ، والاب وغيره من أوليائها في هذا سواء ، وإن خالها بشيء من ماله جاز لأنه يجوز من الاجنبي فن الولي أولى

(فصل) إذا قال الاب طلق ابنتي وأنت بريء من صداقها فطلقها وقع الطلاق رجعيًا ولم يبرأ من شيء ، ولم يرجع على الاب ولم يضمن له لأنه أبرأ مما ليس له الا براء منه فأشبهه الاجنبي . قال القاضي وقد قال أحمد انه يرجع على الاب قال وهذا محمول على أن الزوج كان جاهلاً بأن ابراء الاب لا يصح فكان له الرجوع عليه لأنه غره فرجع عليه كما لو غره فزوجه معيبة ، وإن علم أن ابراء الاب لا يصح لم يرجع بشيء ، ويقع الطلاق رجعيًا لأنه خلا عن العوض ، وفي الموضع الذي يرجع عليه يقع الطلاق بائناً لأنه بعوض فإن قال الزوج هي طالق ان أبرأتني من صداقها فقال قد أبرأتك لم يقع الطلاق لأنه لا يبرأ ، وروي عن أحمد أن الطلاق واقع فيستعمل أنه أوقعه إذا قصد الزوج تعليق الطلاق على مجرد التلفظ بالابراء دون حقيقة البراءة ، وإن قال الزوج هي طالق ان برئت من صداقها لم يقع لأنه علقه على شرط ولم يوجد ، وإن قال الاب طلقها على الف من مالها وعلى الدرك فطلقها طلفت بائناً لأنه بعوض وهو ما لزم الاب من ضمان الدرك ولا يملك الف لأنه ليس له بهذا

(فصل) وإن قالت طلقني بألف إلى شهر أو أعطته ألفاً علي أن يطلقها إلى شهر فقال إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق صح ذلك واستحق العوض ووقع الطلاق عند رأس الشهر بائناً لأنه بعوض وإن طلقها قبل مضي الشهر طلقت ولا شيء له ذكره أبو بكر وقال روى ذلك عن أحمد على بن سعيد وذلك لأنه إذا طلقها قبل رأس الشهر فقد اختار إيقاع الطلاق من غير عوض ، وقال الشافعي إذا أخذ منها ألفاً على أن يطلقها إلى شهر فطلقها بألف بانت وعليها مهر المثل لأن هذا سلف في طلاق فلم يصح لأن الطلاق لا يثبت في الذمة ولأنه عقد تعلق بهين فلا يجوز شرط تأخير التسليم فيه .

ولنا أنها جعلت عوضاً صحيحاً على طلاقها فإذا طلقها استحقه كما لو لم يقل إلى شهر ولأنها جعلت له عوضاً صحيحاً على طلاقها فلم تستحق أكثر منه كالأصل ، وإن قالت لك ألف على أن تطلقني أي وقت شئت من الآن إلى شهر صح في قياس المسئلة التي قبلها

وقال القاضي لا يصح لأن زمن الطلاق مجهول فإذا طلقها فله مهر المثل وهذا مذهب الشافعي لأنه طلقها على عوض لم يصح إفساده

ولنا ما تقدم في التي قبلها ولا تضر الجهالة في وقت الطلاق لأنه مما يصح تعليقه على الشرط فصح بذل العوض فيه مجهول الوقت كالجمالة ولأنه لو قال متى أعطيتني ألفاً فانت طالق صح وزمنه مجهول أكثر

(فصل) وان قال لامرأته أنتما طالقان بألف ان شئنا فقلنا قد شئنا وقع الطلاق بهما باثنا ولزمهما العوض بينهما على قدر مهر بهما ، وان شئت إحداهما دون الاخرى لم يطاق واحدة منهما لانه جعل ماشئنا صفة في طلاق كل واحدة منهما ويخالف هذا ما لو قال أنتما طالقان بألف فقبلت احداهما دون الاخرى لزمه الطلاق بعوضه لانه لم يجعل في طلاقها شرطاً وههنا علق طلاق كل واحدة منهما بمشيئتهما جميعاً فيتعاق الحكم بقولهما قد شئنا لفظ الان ما في القلب لا سبيل الى معرفته فلو قال الزوج ماشئنا وانما قلنا ذلك باستتكا أو قلنا ماشئنا بقولنا لم يقبل فاذا ثبت هذا فان العوض ينقسم عليهما على قدر مهر كل واحدة منهما في الصحيح من المذهب وهو قول ابن حامد ومذهب أهل الرأي وأحد قولي الشافعي ، وقال في الآخر يلزم كل واحدة منهما مهر مثلها وعلى قول أبي بكر من أصحابنا يكرن ذلك عليهما نصفين وأصل هذا في النكاح اذا تزوج اثنتين بصدق واحد ، وقد ذكرناه في موضعه فان كانت احداهما رشيدة والاخرى محجوراً عليها لسفه فقلنا قد شئنا وقع الطلاق عليهما ووجب على الرشيدة قسطها من العوض ووقع طلاقها باثنا ولا شيء على المحجور عليها ويكون طلاقها رجعي لان لها مشيئة ولكن الجبر مع صحة تصرفها ونفوذه ولهذا يرجع إلى مشيئة المحجور عليه في النكاح وفيما نأكله وكذلك ان كانت غير بالغة إلا أنها مميزة فان لها مشيئة صحيحة ولهذا يخير الغلام بين أبويه إذا بلغ سبعا وان كانت احداهما مجنونة أو صغيرة غير مميزة لم تصح المشيئة منهما ولم يقع الطلاق وفي كل موضع حكمنا

من الجهالة ههنا في شهر واحد ويتم في العمر كله وقول القاضي له مهر المثل يخالف لقياس المذهب فانه ذكر في المواضع التي يفسد فيها العوض ان له المسمى فكذلك يجب أن يكون ههنا ان حكمنا بفساده والله اعلم

﴿مسئلة﴾ (وان كان له امرأتان مكلفة وغير مكلفة مميزة فقال لها أنتما طالقان ان شئنا فقلنا قد شئنا لزم المـكلفة نصف الالف وطلقت باثنا ووقع بالاخرى رجعياً ولا شيء عليهما) انما كان كذلك لان المـكلفة إذا كانت رشيدة فمشيئتها صحيحة وتصرفها في مالها صحيح فيقع الطلاق عليها ويجب على الرشيدة بقسطها من العوض ووقع باثنا وينقسم العوض بينهما على قدر مهر بهما في ظاهر المذهب وعلى قول أبي بكر يكون بينهما نصفين ولا شيء على غير المـكلفة وكذلك ان كانت محجوراً عليها لسفه ويقع الطلاق عليها رجعياً لان لها مشيئة بقسطها ولكن الجبر وعدم التكليف منع صحة تصرفها ونفوذه فان كانت (احداهما) مجنونة أو صغيرة غير مميزة لم تصح المشيئة منهما ولم يقع الطلاق

(فصل) فان كانتا رشيدتين وقع الطلاق بهما باثنا اذا قلنا قد شئنا ويلزمهما العوض بينهما على قدر مهر بهما في الصحيح من المذهب وهو قول ابن حامد ومذهب أهل الرأي وأحد قولي الشافعي وقال (المغني والشرح الكبير) (٢٨) (الجزء الثامن)

بوقوع الطلاق فان الرشيدة يلزمها قسطها من العوض وهو قسط مهرها من العوض في أحد الوجهين وفي الآخر نصفه وان قالت له امرأتاه طلقنا بألف بيننا نصفين فطاهها فعلى كل واحدة منهما نصفه وجهاً واحداً ، وان طلق احدهما وحدها فعليها نصف الالف ، وان قالتا طلقنا بألف فطاههما فالا فالف عليهما على قدر صداقيهما في أصح الوجهين ، وان طلق احدهما فعليها حصتها منه ، وإن كانت احدهما غير رشيدة فطاههما فعلى الرشيدة حصتها من الالف ويقع طلاقها بائناً وتطابق الاخرى طلاقاً رجعيّاً ولا شيء عليها .

(فصل) وبصح الخلع مع الاجنبي بغير اذن المرأة مثل أن يقول الاجنبي للزوج طالق امرأتك بألف علي وهذا قول أكثر أهل العلم ، وقال أبو ثور لا يصح لانه سفه فانه يبذل عوضاً في مقابلة مالا منفعته له فيه فان الملك لا يحصل له فأشبهه مالو قال بع عبدك لزيد بألف علي ولنا أنه بذل مال في مقابلة اسقاط حق عن غيره فصح كما لو قال أعنتك عبدك وعلي ثمنه ، ولانه لو قال ألق متاعك في البحر وعلي ثمنه صح ولزمه ذلك مم أنه لا يسقط حقاً عن أحد فهنا أولى ولانه حق على المرأة يجوز أن يسقط عنها بعوض فجاز لغيرها كالدين وفارق البيع فانه تمليك فلا يجوز بغير رضا من يثبت له الملك وان قال طالق امرأتك بمهرها وأنا ضامن له صح ويرجم عليه بمهرها (فصل) وان قالت له امرأته طلقني وضرتي بألف فطاههما وقع الطلاق بهما بائناً واستحق

في الآخر يلزم كل واحدة منهما مهر مثاتها وعلى قول أبي بكر من أصحابنا يكون العوض بينهما نصفين وأصل هذا في النكاح إذا تزوج امرأتين بمهر واحد وقد ذكرناه فان شأته (احدهما) دون الاخرى لم تطلق واحدة منهما لانه جعل مشيئتها شرطاً في طلاق كل واحدة منهما ويخاف هذا ما اذا قال انما طالقتان بألف فقبلت احدهما دون الاخرى لزمه الطلاق بعوضه لانه لم يجعل لطلاقها شرطاً وههنا علق طلاق كل واحدة منهما بمشيئتهما جميعاً ويتعلق الحكم بمشيئتهما لفظاً اذا قالتا قد شئنا لان مافي القاب لا سيبل الى معرفته فلو قال الزوج ماشئنا وانما قلنا ذلك بالسنتكما او قالتا ماشئنا بقلوبنا لم يقبل (مسئلة) (فان قال لامرأته انت طالق وعليك الف طلقت ولا شيء عليها لانه لم يجعل له العوض في مقابلتها ولا شرطاً فيها وانما عطف ذلك على طلاقها فأشبهه مالو قال انت طالق وعليك الحج فان اعطته المرأة عن ذلك عوضاً لم يكن عوضاً لانه لم يقابل به شيء وكان ذلك هبة مبتدأة تعتبر فيها شرائط الهبة وان قالت المرأة ضمنت لك الفالم يصح لان الضمان انما يكون عن غير الضامن لحق واجب أو ما له الى الوجوب وليس ههنا شيء من ذلك وذكر القاضي انه يصح لان ضمان المالم يجب يصح قال شيخنا ولم أعرف لذلك وجهاً الا ان يكون ارادتها اذا قالت له قبل طلاقها ضمنت لك الفاء ان تطلقني فقال انت طالق وعليك الف وقع الطلاق وعليها الف لان قوله انت طالق يكفي في صحة الخلع واستحقاق العوض وما وصل به تأكيد فان اختلفا فقال انت استدعيت مني الطلاق

الالف على باذله لان الخلع مع الاجنبي جائز ، وان طلق احداها فقال القاضي تطلق طلاقاً بائناً ولزم الباذله بحصتها من الف وهذا مذهب الشافعي الا أن بعضهم قال يلزمها مهر مثل المطابقة وقياس قول أصحابنا فيما اذا قالت طلقني ثلاثاً بألف فطلقها واحدة لم يلزمها شيء ووقعت بها التطليقة أن لا يلزم الباذلة ههنا شيء لانه لم يجبرها الى ما سألت فلم يجب عليها ما بذلت ولانه قد يكون غرضها في بينوتها جميعاً منه فاذا طلق احداها لم يحصل غرضها فلا يلزمها عوضها

(فصل) وان قالت طلقني بألف على أن تطلق ضرتي أو على أن لا تطلق ضرتي فالخلع صحيح والشرط والبذل لازم ، وقال الشافعي الشرط والعوض باطلان ويرجع الى مهر المثل لان الشرط والف في الطلاق والعوض بعضه في مقابلة الشرط الباطل فيكون الباقي مجعولاً ، وقال أبو حنيفة الشرط باطل والعوض صحيح لان العقد يستعمل بذلك العوض

ولما أنها بذلت عوضاً في طلاقها وطلاق ضرتها فصح كالألف قالت طلقني وضرتي بألف فان لم يف لها بشرطها فليها الأقل من المسمى أو الف الذي شرطه ويحتمل أن لا يستحق شيئاً من العوض لانها إنما بذلته بشرط لم يجد فلا يستحقه كالألف طلقها بغير عوض

بألف فأنكرته فالقول قولها لان الاصل عدمه فاذا حلفت برئت من العوض وبانت لان قوله مقبول في بينوتها لانها حقه غير مقبول في العوض لانه عليها وهذا مذهب الشافعي وأبي حنيفة وان قال ما استدعيت مني الطلاق وانما انا ابتدأت به فلي عليك الرجعة وادعت ان ذلك كان جواباً بالاستدعاء فالقول قول الزوج لان الاصل معه ولا يلزمها الف لانه لا يدعيه

﴿مسئلة﴾ (وان قال انت طالق على الف)

فالمنصوص عن احمد ان الطلاق يقع رجعيّاً كقوله انت طالق وعليك الف فانه قال في رواية ههنا في الرجل يقول لامرأته انت طالق على الف درهم فلم تقبل هي شيئاً فهي طالق تملك الرجعة وقال القاضي في الجرد ذلك للشرط تقديره ان ضمننت لي الف فانت طالق فان ضمننت له الف وقع الطلاق بائناً والالم يقع وكذا الحكم اذا قال انت طالق على ان لي عليك الف فقياس قول احمد ان الطلاق يقع رجعيّاً ولا شيء له وعلى قول القاضي ان قبلت ذلك لزمها الف وكان خلعا والالم يقع الطلاق وهم ظاهر كلام الحرقي لانه استعمل على بمعنى الشرط في كتابه في مواضع منها قوله اذا فكحها على ان لا يتزوج عليها فلها فراقه ان تزوج عليها وذلك ان على تستعمل بمعنى الشرط بدليل قوله تعالى في قصة شعيب (اني اريد ان انسحك احدي ابنتي هاتين تلي ان تأجرني ثمان حجج) وقوله (فهل نجعل لك خرجاً على ان تجعل بيننا وبينهم سداً) وقال موسى (هل اتبعك تلي ان تعلمني مما علمت رشداً) ولو قال في النكاح زوجتك ابنتي على صداق كذا صح فاذا اوقعه بعوض لم يقع بدونه وجري مجرى قوله انت طالق ان اعطيتني الفاً ووجه الاول انه أوقع الطلاق غير معلق بشرط وجعل عليها

﴿مسئلة﴾ قال (وما خالم العبد به زوجته من شيء جاز وهو اسيد)

وجهة ذلك أن كل زوج صح طلاقه صح خلع له لأنه إذا ملك الطلاق وهو مجرد اسقاط من غير تحصيل شيء فلأن يملكه محصلاً للعوض أولى والعبد يملك الطلاق فملك الخلع . وكذلك المكاتب والسفيه ، وفي الصبي المميز وجهان بناء على صحة طلاقه ، ومن لا يصح طلاقه كالأطفال والمجنون لا يصح خلع له لأنه ليس من أهل التصرف فلا حكم لكلامه ، ومتى خالم العبد كان العوض لسيده لأنه من اكسابه واكتسابه لسيده وسائر من ذكرنا العوض لهم ويجب تسليم العوض إلى سيد العبد وولي المحجور عليه لأن العوض في خلع العبد ملك لسيده فلم يجوز تسليمه إلى غيره إلا بإذنه . وولي المحجور عليه هو الذي يقبض حقوقه وأمواله وهذا من حقوقه ، وأما المكاتب فيدفع العوض إليه لأنه هو الذي يتصرف لنفسه ، وقال القاضي يصح قبض العبد والمحجور عليه للعوض لأن من صح خلع له صح قبضه للعوض كالمحجور عليه لفس ، واحتج بقول أحمد ما يملكه العبد من خلع فهو لسيده وإن امتنأه لم يرجع على الواهب والخاتمة بشيء . والمحجور عليه في معنى العبد ، والأولى أن لا يجوز لأن العوض في الخلع لسيده العبد فلا يجوز دفعه إلى غيره من هو له بغير إذن مالكه ، والعوض في خلع المحجور عليه ملك له إلا أنه لا يجوز تسليمه إليه لأن الحجز أفاد منعه من التصرف . وكلام أحمد

عوضاً لم تبدله فوق رجماً من غير عوض كما لو قال أنت طالق وتليك ألف ولان على ليست للشروط ولا للماوضة ولذلك لا يصح ثوبي على دينار

﴿مسئلة﴾ (وان قال بألف فكذلك ويحتمل ان لا تطلق حتى تختار فيلزمها الألف)

يعني ان قوله أنت طالق بألف مثل قوله أنت طالق على ألف لأنها ليست من حروف الشرط والأولى أنها لا تطلق في قوله بألف حتى تختار فيلزمها الألف كما ذكره القاضي في على ألف لأنها ان لم تكن من حروف الشرط فهي للماوضة في قوله بعنك بكذا وزوجتك بكذا فإنه يصح البيع والشكاح بغير خلاف فان قال أنت طالق ثلاثاً فقالت قد قبلت واحدة وقع الثلاث واستحق الألف لان ايقاع الطلاق اليه وإنما علقه بعوض يجري مجرى الشرط من جهتها وقد وجد الشرط فيقع الطلاق وان قالت قبلت بألفين وقع ولم يلزمها الألف الزائد لان القبول لما أوجبته دون ما لم يوجبها فان قالت قبلت بخمسة لم يقع لان الشرط لم يوجد وان قالت قبلت واحدة من الثلاث بثلاث الألف لم يقع لأنه لم يرض بانقطاع رجعه عنها إلا بألف وان قال أنت طالق طليقتين (أحدهما) بألف وقعت بهما واحدة لأنها بغير عوض ووقعت الأخرى على قولها لأنها بعوض

(فصل) اذا قال الأب طلق ابنتي وأنت بريء من صداقها فطلقها وقع الطلاق رجماً ولم يبرأ من شيء ولم يرجع على الأب ولم يضمن له لأنه برأه مما ليس له الإبراء منه فأشبهه الاجنبي قال

يحمل على ما إذا أنفقه العبد قبل تسليمه إليه ، وعلى أن عدم الرجوع عليها لا يلزم منه جواز الدنع إليه فإنه لو رجع عليها الرجعت على العبد وتعلق حتماً برقبته وهي ملك للسيد فلا فائدة في الرجوع عليها بما يرجع به على ماله ، وإن أسلمت العوض إلى المحجور عليه لم تبرأ فإن أخذه الولي منه برئت ، وإن أنفقه أو تلف كان لوليه الرجوع عليها به

(فصل) وقد توقف أحمد في طلاق الأب زوجة ابنه الصغير وخلعه إياها ، وسأله أبو الصقر عن ذلك فقال قد اختلف فيه وكأنه رأي . قال أبو بكر لم يبلغني في هذه المسئلة إلا ما رواه أبو الصقر فيخرج على قولين ، أحدهما يملك ذلك وهو قول عطاء وقتادة لأن ابن عمر طلق على ابن له معتوه رواه الإمام أحمد ، وعن عبد الله بن عمرو أن المعتوه إذا عبث بأهله طلق عليه ولديه ، قال عمرو بن شعيب وجدنا ذلك في كتاب عبد الله بن عمرو ولأنه يصح أن يزوجه فصيح أن يطلق عليه إذا لم يكن متهماً كليهما كما يفسخ للأعسار ويزوج الصغير ، والقول الآخر لا يملك ذلك وهو قول أبي حنيفة والشافعي لأن النبي ﷺ قال « الطلاق لمن أخذ بالساق » رواه ابن ماجه ، وعن عمر أنه قال إنما الطلاق بيد الذي يحل له الفرج ولأنه إسقاط لحقه فلم يملكه كالإبراء من الدين وإسقاط القصاص ، ولأن طريقه الشهوة فلم يدخل في الولاية ، والقول في زوجة عبده الصغير كالنول في زوجة ابنه الصغير لأنه في معناه

القاضي وقد قال أحمد أنه يرجع على الأب قال القاضي هذا محمول على أن الزوج كان جاهلاً بلان إبراء الأب لا يصح فكان له الرجوع عليه كما لو غره فزوجه معيبة وإن علم أن إبراء الأب لا يصح لم يرجع عليه بشيء ويقع الطلاق رجماً لأنه خلا عن العوض وفي الموضع الذي يرجع عليه يقع الطلاق بائناً لأنه بعوض فإن قال الزوج هي طالق إن أبرأتني من صداقها فقال قد أبرأتك لم يقع الطلاق لأنه لم يبرأ وروي عن أحمد أن الطلاق واقم فيحتمل أنه أوقعه إذا قصد الزوج تعليق الطلاق على مجرد التلفظ بالإبراء دون حقيقة البراءة وإن قال الزوج هي طالق إن أبرأتني من صداقها لم يقع لأنه علقه على شرط لم يوجد . وإن قال الأب طلقها على ألف من مالها وعلي الدرك فطلقها بائناً لأنه بعوض وهو مالزم الأب من ضمان الدرك ولا يملك الألف لأنه ليس له بدلها

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (وإذا خالغته في مرض موتها فله الأقل من المسمى أو ميراثه منها) الخالعة في المرض صحيحة سواء كان المريض الزوج أو الزوجة أو هما جميعاً لأنها معاوضة فتصح في المرض كالبيع ولا نعلم في هذا خلافاً ثم إذا خالغته المريضة بميراثه منها فما دونه صح ولا رجوع ، وإن خالغته بزيادة بطلت الزيادة وهذا قول الثوري وإسحاق ، وقال أبو حنيفة له العوض كله وإن أجابته فمن الثلث لأنه ليس بوارث لها فصحت محاباتها له من الثلث كالأجنبي ، وعن مالك كالمذهبيين وعنه يعتبر بخلع مثلها ، وقال الشافعي إن خالعت بمهر مثلها جاز وإن زاد فالزيادة من الثلث ولنا أنه لا يعتبر مهر المثل لأن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم بما قدمناه واعتبار مهر

﴿مسئلة﴾ قال (واذا خالعت المرأة في مرض موتها بأكثر من ميراثه منها فالخلع واقع وللورثة أن يرجعوا عليه بالزيادة)

وجملة الامر أن الخالعة في المرض صحيحة سواء كان المريض الزوج أو الزوجة أو هما جميعا لانه معاوضة فصح في المرض كالبيع ولا نعلم في هذا خلافا ، ثم اذا خالعت المربضة بميراثه منها فادونه صح ولا رجوع ، وإن خالعت بزيادة بطلت الزيادة وهذا قول الثوري واسحاق ، وقال ابو حنيفة له العوض كله فان حابت فمن الثلث لانه ليس وارث لها فصحت ميراثها له من الثلث كلاجني ، وعن مالك كالمذهبين ، وعنه يعتبر بخلع مثلها ، وقال الشافعي ان خالعت بمهر مثلها جاز ، وإن زاد فالزيادة من الثلث

ولنا على أنه لا يعتبر مهر المثل أن خروج البضع من ملك الزوج غير منقوض بما قدمنا واعتبار مهر المثل تقويم له وعلى ابطال الزيادة أنها متهمة في أنها قصدت الخلع لتوصل اليه شيئا من مالها بغير عوض على وجه لم تكن قادرة عليه وهو وارث لها فبطل كما لو أوصت له أو أقرت له وأما قدر الميراث فلا تهمة فيه فانها لو لم تخالعه لورث ميراثه ، وإن صحت من مرضها ذلك صح الخلع وله جميع ما خالعه به لانا تبينا أنه ليس بمرض الموت والخلع في غير مرض الموت كالخلع في الصحة

المثل يقوم له وعلى ابطال الزيادة أنها متهمة في أنها قصدت الخلع لتوصل اليه شيئا من مالها بغير عوض على وجه لم تكن قادرة عليه وهو وارث لها فبطل كما لو أوصت له أو أقرت له ، وأما قدر الميراث فلا تهمة فيه فانها لو لم تخالعه لورث ميراثه وإن صحت من مرضها ذلك صح الخلع وله جميع ما خالعه به لانا تبينا أنه ليس بمرض الموت والخلع في غير مرض الموت كالخلع في الصحة

﴿مسئلة﴾ (وان خالعتها في مرض موته وأوصى لها بأكثر من ميراثها لم تستحق أكثر من ميراثها) أما خالعه لزوجته فلا اشكال في صحته سواء كان بمهر مثلها أو أقل أو أكثر وان أوصى لها بمثل ميراثها أو أنزل صح لانه لاتهمة في أنه أبانها ليعطيها ذلك فانه لو لم بينها لاخذته بميراثها وان أوصى لها بزيادة عليه فللورثة منعها ذلك لانه أتهم في أنه قصد ايصال ذلك اليها لانه لم يكن له سبيل الى إيصاله اليها وهي في حبه اله وطلقها ليوصل ذلك اليها فنع منه كما لو أوصى لوارث

﴿مسئلة﴾ (وان خالعتها وحباها فهو من رأس المال)

مثل أن يخالعه بأقل من مهر مثلها أو يكون قادرا بألف نخالعتها بمائة لم يحسب ما حباها به من الثلث إذا كان في مرض موته ولا يعتبر من الثلث لانه لو طاق بغير عوض لصح فلان يصح بعوض أولى ولان الورثة لا يفوتهم بخالعه شيء فانه لو مات وله امرأة لبانت بموته ولم تنتقل إلى ورثته

(فصل) إذا خالعت امرأة في مرضها بأكثر من مهرها فللورثة أن لا يعطوه أكثر من ميراثه منها

﴿مسئلة﴾ قال (ولو خالها في مرض موته وأوصى لها بأكثر مما كانت ترث فللورثة أن لا يعطوها أكثر من ميراثها)

أما خاله لزوجة، فلا اشكال في صحته سواء كان مهر مثلها أو أكثر أو أقل ولا يعتبر من الثالث لانه لو طلق بغير عوض اصح فلأن يصح بعوض أولى ولان الورثة لا يفوتهم بخلافه شيء فانه لو مات وله امرأة لبانت بموته ولم تنتقل الى ورثته، فأما ان أوصى لها بمثل ميراثها أو أقل صح لانه لا تهمه في أنه أبانها لمعطيا ذلك فانه لو لم يبنها لأخذته بميراثها، وإن أوصى لها بزيادة عليه فالورثة منعها ذلك لانه اتهم في أنه قصد إيصال ذلك اليها لانه لم يكن له سبيل الى إيصاله اليها وهي في حباله فطافها لبوصل ذلك اليها فنع منه كما لو أوصى لوارث

(فصل) وإذا خال امرأته على نفقة عدتها فخفي عن أحمد وأبي حنيفة أنه يجوز ذلك وهذا إنما يخرج على أصل أحمد اذا كانت حاملا، أما غير الحامل فلا نفقة لها عليه فلا تصح عرضا، وقال الشافعي لا تصح النفقة عرضا فان خالها به وجب مهر المثل لان النفقة لم تجب فلا يصح الخلع كما لو خالها على عوض ما يتلفه عاها

لانها متهمه في أنها قصدت إيصال أكثر من ميراثه اليه وعند مالك ان زاد على مهر المثل فالزيادة مردودة وعنه أن خالع المريضة باطل وقال الشافعي الزيادة على مهر المثل محابة تعتبر من الثلث وقال أبو حنيفة ان خالها قبل دخوله بها بعد انقضاء عدتها فالعوض من الثلث ومثال ذلك امرأة اخذت من زوجها ثلاثين لا مال لها سواها وصداد مثلها اثنا عشر فله خمسة عشر سواء قل صداقها أو أكثر لانها قد رثت ميراثه وعند الشافعي له ثمانية عشر اثنا عشر لا با قدر صداقها وثلث باقي المال بالحابة وهو ستة وإن كان صداقها ستة فله أربعة عشر لان ثلث الباقي ثمانية

(فصل) مريض تزوج امرأة على مائة لا يملك غيرها ومهر مثلها عشرة ثم مرضت فاخذت منه بالمائة ولا مال لها سواها فلها مهر مثلها ولها شيء بالحابة والباقي له ثم يرجع اليه نصف ما لها بالحابة وهو خمسة ونصف شيء وصار مع ورثته خمسة وتسعون إلا نصف شيء يعدل شيئين فبعد الجبر يخرج به الشيء ثمانية فقد صح لها بالصداد والحابة ثمانية وأربعون وبقي مع ورثته اثنان وخمسون ورجع اليه بالخلع أربعة وعشرون صار معهم ستة وسبعون وبقي للمرأة أربعة وعشرون وعند الشافعي يرجع اليهم صدق المثل وثلث شيء بالحابة فصار بأيديهم مائة إلا ثلث شيء يعدل شيئين فالشيء ثلاثة أثمانها وهو سبعة وثلاثون ونصف فصار لها ذلك ومهر المثل، رجع اليه مهر المثل وثلث الباقي اثنا عشر ونصف فيصير بأيدي ورثته خمسة وسبعون وهو مثلا محابها وعند أبي حنيفة يرجع اليهم ثلث

ولما أنها إحدى النفقتين فصحت الخالعة عليها كنفقة الصبي فيما إذا خالعتهم على كفالة ولده وقتها معلوماً، وقولهم أنها لم تجب ممنوع فإنه قد قيل إن النفقة تجب بالعتق ثم إنها إن لم تجب فقد وجد سبب وجوبها كنفقة الصبي بخلاف عوض ما يتلفه

﴿مسئلة﴾ قال (ولو خالعتهم بمحرم وهما كافران فقبضه ثم أسلمها أو أحدهما لا يرجع عليها بشيء)

وجملة ذلك أن الخلع من الكفار جائز سواء كانوا أهل الذمة أو أهل حرب لأن كل من ملك الطلاق ملك المعاوضة عليه كالمسلم فإن خالعتها بعوض صحيح ثم أسلمها وترافعا إلى الحاكم أمضى ذلك عليهما كالمسلمين وإن كان بمحرم كخمر وخنزير فقبضه ثم أسلمها وترافعا إليها أو أسلم أحدهما أمضى ذلك عليهما ولم يعرض له ولم يزد ولا يبقى له عليها شيء كما لو أصدقها خمرًا ثم أسلمها أو تبايعا خمرًا أو تقابضا ثم أسلمها، وإن كان إسلامهما أو ترافعهما قبل القبض لم يمضه الحاكم ولم يأمر بأقباضه لأن الخمر والخنزير لا يجوز أن يكون عوضا لمسلم أو من مسلم فلا يأمر الحاكم بأقباضه، قال القاضي في الجامع ولا شيء له لأنه رضي منها بما ليس بمال كالمسلمين إذا تخالعا بخمر، وقال في المجرى يجب مهر المثل وهو

العشرة وثلاث الشيء فصار معهم ثلاثة وتسعون وثلاث إلا ثلاثي شيء فالثني ثلاثها وهو خمسة وثلاثون مع العشرة صار لها خمسة وأربعون ورجم إلى الزوج ثلثها صار لورثته سبعون ولورثتها ثلاثون هذا إذا مات بعد انعضاء عدتها وإن تركت المرأة مائة أخرى فعلى قولنا يبقى مع ورثة الزوج مائة وخمسة وأربعون إلا نصف شيء يعدل شيئين والشيء خمس ذلك وهو ثمانية وخمسون وهذا الذي صحت الحاباة فيه صار لها ذلك وعشرة مهر المثل صار لها مائة وثمانية وستون يرجم إلى الزوج نصفها أربعة وثمانون صار له مائة وستة عشر ولورثتها أربعة وثمانون

(فصل) ولو خالعتهم بمحرم وهما كافران فقبضته ثم أسلمها أو أحدهما لم يرجع عليها بشيء لأن الخلع من الكفار جائز سواء كانوا أهل ذمة أو أهل حرب لأن كل من ملك الطلاق ملك المعاوضة عليه كالمسلم فإن تخالعا بعوض صحيح ثم أسلمها وترافعا إلى الحاكم أمضى ذلك بينهما كالمسلمين وإن كان بمحرم كخمر وخنزير فقبضته ثم أسلمها وترافعا إليها أو أسلم أحدهما أمضى ذلك عليهما ولم يعرض له ولم يزد ولا يبقى له عليها شيء كما لو أصدقها خمرًا ثم أسلمها أو تبايعا خمرًا أو تقابضا ثم أسلمها وإن كان إسلامهما أو ترافعهما قبل القبض لم يمضه الحاكم ولم يأمر بأقباضه لأن الخمر والخنزير لا يكون عوضا لمسلم أو من مسلم ولا يأمر الحاكم بأقباضه قال القاضي في الجامع ولا شيء له لأنه رضي منها بما ليس بمال كالمسلمين إذا تخالعا بخمر وقال في المجرى يجب مهر المثل وهو مائة وستة عشر ولورثتها أربعة وثمانون وكلام الخرق يدل بمفهومه على أنه يجب لأن تخصيصه بحالة القبض ينفي الرجوع

مذهب الشافعي لأن العوض فاسد فيرجع إلى قيمة المتلف وهو مهر المثل وكلام الخرق يدل بغير ما على أنه يجب له شيء. لأن تخصيصه حالة القبض بنفي الرجوع يدل على الرجوع مع عدم القبض، والفرق بينه وبين المسلم أن المسلم لا يعتقد الحر والخنزير مالا فإذا رضي به عوضاً فقد رضي بالخلع بغير مال فلم يكن له شيء. والمشرک يعتقد مالا فلم يرض بالخلع بغير عوض فيكون العوض واجباً كما لو خالها على حر يظنه عبداً أو خمر يظنه خلا. إذا ثبت أنه يجب له العوض فذكر القاضي أنه مهر المثل كما لو تزوجها على خمر ثم أسلمها وعلى ماء لئلا به يقتضي وجوب قيمة مسمى لها على تقدير كونه مالا فإنه رضي بمالية ذلك فيكون له قدره من المال كما لو خالها على خمر يظنه خلا، وإن حصل القبض في بعضه دون بعض سقط ما قبض وفيما لم يقبض الوجه الثلاثة، والاصل فيه قول الله تعالى (وذروا ما بقي من الربا إن كنتم مؤمنين)

(فصل) (أصبح التوكيل في الخلع من كل واحد من الزوجين ومن أحدهما منفرداً وكل من صح أن يتصرف بالخلع لنفسه جاز توكيله ووكالته حراً كان أو عبداً ذكراً أو أنثى مسلماً أو كافراً محجوراً عليه أو رشيداً لأن كل واحد منهم يجوز أن يوجب الخلع فصح أن يكون وكيلاً وموكلاً فيه كالحر الرشيد وهذا مذهب الشافعي

بدل على الرجوع مع عدم القبض، والفرق بينه وبين المسلم أن المسلم لا يعتقد أن الحر والخنزير مالا فإذا رضي به عوضاً فقد رضي بالخلع بغير مال فلم يكن له شيء والمشرک يعتقد مالا فلم يرض بالخلع بغير عوض فيكون العوض واجباً له كما لو خالها على حر يظنه عبداً أو خمر يظنه خلا. إذا ثبت أنه يجب له العوض فذكر القاضي أنه مهر المثل كما لو تزوجها على خمر ثم أسلمها وعلى ماء لئلا به يقتضي وجوب قيمة مسمى لها على تقدير كونه مالا فإنه رضي بمالية ذلك فيكون له قدره من المال كما لو خالها على خمر يظنه خلا وإن حصل القبض في بعضه دون بعض سقط ما قبض وفيما لم يقبض الوجه الثلاثة والاصل فيه قوله تعالى (وذروا ما بقي من الربا إن كنتم مؤمنين)

﴿مسئلة﴾ (وإذا وكل الزوج في خلع امرأته طالقاً نخلع به مهرها فما زاد صح وإن نقص من المهر رجع على الوكيل بالنقص ويحتمل أن يتخير بين قبوله ناقصاً وبين رده وله الرجعة وإن عين له العوض فنقص منه لم يصح الخلع عند ابن حامد وصح عند أبي بكر ويرجع على الوكيل بالنقص) أصبح التوكيل في الخلع من كل واحد من الزوجين ومن أحدهما منفرداً وكل من صح أن يتصرف في الخلع لنفسه صح توكيله ووكالته حراً كان أو عبداً ذكراً أو أنثى مسلماً أو كافراً محجوراً عليه أو رشيداً لأن كل واحد منهم يجوز أن يوجب الخلع فصح أن يكون وكيلاً وموكلاً كالحر الرشيد وهو مذهب الشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه مخالفاً. ويكون توكيل المرأة في ثلاثة أشياء: استدعاء الخلع أو الطلاق وتقدير العوض وتسليمه، وتوكيل الرجل في ثلاثة أشياء: شرط العوض وقبضه وإيقاع الطلاق أو الخلع ويجوز (المغني والشرح الكبير) (٢٩) (الجزء الثامن)

وأصحاب الرأي ولا أعلم فيه خلافاً، ويكون توكيل المرأة في ثلاثة أشياء: استدعاء الخلع أو الطلاق وتقدير العوض ونسأيمه، وتوكيل الرجل في ثلاثة أشياء: شرط العوض وقبضه، وإيقاع الطلاق أو الخلع، ويجوز التوكيل مع تقدير العوض ومن غير تقدير لانه عقد معاوضة يصح كذلك كالبيع والنكاح، والمستحب التقدير لانه أعلم من الغرر وأسهل على الوكيل لاستغنائه عن الاجتهاد، فإن وكل الزوج لم يخل من حالين (أحدهما) أن يقدر له العوض فخلع به أو يمازاد صح ولزم المسمى لانه فعل ما أمر به، وإن خالف بأقل منه ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح الخلع وهذا اختيار ابن حامد ومذهب الشافعي لانه خالف موكله فلم يصح تصرفه كما لو وكله في خلع امرأة فخلع أخرى ولانه لم يأذن له في الخلع بهذا العوض فلم يصح منه كالأجنبي (والثاني) يصح ويرجع على الوكيل بالنقص وهذا قول أبي بكر لأن المخالفة في قدر العوض لا تبطل الخلع كحالة الاطلاق، والاول أولى، وأما أن خالف في الجنس مثل أن يأمره بالخلع على درهم فخلع على عبد أو بالعكس أو يأمره بالخلع حالا فخلع بعوض نسبية فالقياس أنه لا يصح لانه يخالف لوكله في جنس العوض فلم يصح تصرفه كالوكيل في البيع ولأن ما خالف به لا يملكه الموكل لكونه لم يأذن فيه ولا الوكيل لانه لم يوجد السبب بالنسبة اليه، وفارق

التوكيل مع تقدير العوض ومن غير تقدير لانه عقد معاوضة فصح كذلك كالبيع والنكاح، والمستحب التقدير لانه أعلم من الغرر وأسهل على الوكيل لاستغنائه عن الاجتهاد، فإن وكل الزوج لم يخل من حالين (أحدهما) أن يقدر له العوض فان خالف به أو بما زاد صح ولزم المسمى لانه فعل ما أمر به وإن خالف بأقل منه ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح الخلع وهو اختيار ابن حامد ومذهب الشافعي لانه خالف موكله فلم يصح تصرفه كما لو وكله في خلع امرأة فخلع أخرى ولانه لم يؤذن له في الخلع بهذا العوض فلم يصح منه كالأجنبي (والثاني) يصح ويرجع على الوكيل بالنقص وهذا قول أبي بكر لأن المخالفة في قدر العوض لا تبطل الخلع كحالة الاطلاق والاول أولى. فان خالف في الجنس مثل أن يأمره بالخلع على درهم فيخالع على عبد أو بالعكس أو يأمره بالخلع حالا فخلع على عوض نسبية فالقياس أنه لا يصح لانه يخالف لوكله في جنس العوض فلم يصح كالوكيل في البيع ولأن ما خالف به لا يملكه الموكل لكونه لم يأذن فيه ولا الوكيل لانه لم يوجد السبب بالنسبة اليه، وفارق المخالفة في القدر لانه أمكن جبره بالرجوع بالنقص على الوكيل، وقال القاضي: القياس أن يلزم الوكيل القدر الذي أذن فيه ويكون له ما خالف به قياساً على المخالفة في القدر وهذا يبطل بالوكيل في البيع ولأن هذا خلع لم يأذن فيه الزوج فلم يصح كما لو أم يوكله في شيء ولانه يفضي إلى أن يملك عوضاً ما ملكته إياه المرأة ولا قصد هو تملكه وتخلع المرأة من زوجها بغير عوض لزماً له بغير إذنه، وأما المخالفة في القدر فلا يلزم فيها ذلك مع أن الصحيح أنه لا يصح فيها أيضاً لما تقدم (الحال الثاني) إذا أطلق الوكالة فانه يقتضي الخلع بمهرها المسمى حالا من جنس نقد البلد فان خالف بذلك فزاد صح

الخالف في القدر لانه أمكن جبره بالرجوع بالتقص على الوكيل ، وقال القاضي الفياس أن يلزم الوكيل القدر الذي أذن فيه ويكون له ما خالع قياسا على الخالف في القدر وهذا يبطل بالوكيل في البيع ، ولأن هذا خلع لم يأذن فيه الزوج فلم يصح كما لو لم يوكله في شيء ، ولانه يفضي الى أن يملك عوضا مملوكة إياه المرأة ولا تصد هو تملكه وتخلع المرأة من زوجها بغير عوض لزمها له بغير إذنه ، وأما الخالف في القدر فلا يلزم فيها ذلك مع أن الصحيح أنه لا يصح الخلع فيها أيضا لما قدمناه (والحال الثاني) إذا أطلق الوكالة فانه يقتضي الخلع بمهرها المسمى حالا من جنس نقد البلد فان خالع بذلك فما زاد صح لانه زاده خيراً وان خالع بدونه ففيه الوجهان المذكوران فيما إذا قدر له العوض فخلع بدونه ، وذكر القاضي احتمالين آخرين (أحدهما) أن يسقط المسمى ويجب مهر المثل لانه خالع بما لم يؤذن له فيه (والثاني) أن يتخير الزوج بين قبول العوض ناقصاً ولا رجعة له وبين رده وله الرجعة ، وان خالع بغير نقد البلد فحكمه حكم ما لو عين له عوضاً فخلع بغير جنسه ، وان خالع الوكيل بما ليس بمال كالخمر والخنزير لم يصح الخلع ولم يقع الطلاق لانه غير مأذون له فيه إنما أذن له في الخلع وهو إبانة المرأة بعوض وما أتى به وإنما أتى بطلاق غير مأذون له فيه ذكره القاضي في المجرى وهو مذهب الشافعي وسواء عين له العوض أو أطلق ، وذكر في الجامع أن الخلع يصح ويرجع على الوكيل بالمسمى ولا شيء على المرأة ، هذا إذا قلنا ان الخلع بغير عوض يصح وإن قلنا لا يصح لم يصح الا أن يكون بالفظ الطلاق

لانه زاده خيراً ، وإن خالع بدونه ففيه الوجهان المذكوران فيما إذا قدر له العوض فخلع بدونه ، وذكر القاضي احتمالين آخرين (أحدهما) أن يسقط المسمى ويجب مهر المثل لانه خالع بما لم يؤذن له فيه (والثاني) يتخير الزوج بين قبول العوض ناقصاً وبين رده وله الرجعة فان خالع بغير نقد البلد فحكمه حكم ما لو عين له عوضاً فخلع بغير جنسه وإن خالع الوكيل بما ليس بمال كالخمر والخنزير لم يصح الخلع ولم يقع الطلاق لانه غير مأذون له فيه ذكره القاضي في المجرى وهو مذهب الشافعي ، وسواء عين له العوض أو أطلق ، وذكر في الجامع أن الخلع يصح ويرجع على الوكيل بالمسمى ولا شيء على المرأة . هذا إذا قلنا ان الخلع بغير عوض يصح وإن قلنا لا يصح لم يصح الا أن يكون بالفظ الطلاق فيقع طلاق رجعية . واحتج بأن وكيل الزوجة لو خالع بذلك صح فكذلك وكيل الزوج ، وهذا القياس غير صحيح فان وكيل الزوج إذا خالع على محرم فوت على موكله العوض ووكيل الزوجة يخلصها منه فلا يلزم من الصحة في موضع يخلص موكله من وجوب العوض عليه الصحة في موضع يفوته عليه الا ترى أن وكيل الزوجة لو صالح بدون العوض الذي قدر له به صح ولزمها ولو خالع وكيل الزوج بدون العوض الذي قدره له لم يصح

(مسألة) وان وكلت المرأة في خلعها فخلع بمهرها فادون أو بما عينته فما دون صح وان زاد لم يصح ويحتمل أن يصح وتبطل الزيادة

فيتع طلقة رجعية ، واحتج بأن وكيل الزوجة لو خالع بذلك صح فكذلك وكيل الزوج ، وهذا انقياس غير صحيح فإن وكيل الزوج يوقع الطلاق فلا يصح أن يوتمه على غير ما أذن له فيه ، ووكيل الزوجة لا يوقع وإنما يقبل ولأن وكيل الزوج إذا خالع على محرم فوت على موكله العوض ، ووكيل الزوجة يخلصها منه فلا يلزم من الصحة في موضع يخص موكله من وجوب العوض عليه الصحة في موضع يفوته عليه ألا ترى أن وكيل الزوجة لو صالح بدون العرض الذي قدرته له صح ولزمها ولو خالع وكيل الزوج بدون العرض الذي قدره له لم يلزمه ، وأما وكيل الزوجة فله حالان (أحدهما) أن تقدر له العوض فتبي خالع به فما دون صح ولزمها ذلك لأنه زادها خبراً ، وإن خالع بأكثر منه صح ولم تلزمها الزيادة لأنها لم تأذن فيه بل لم تملك الوكيل لأنه التزمه للزوج فلزمه الضمان كالمضارب إذا اشترى من يعتق على رب المال وقال القاضي في المجرد عليها مهر مثلها ولا شيء على وكيلها لأنه لا يقبل العقد لنفسه وإنما يقبله لغيره ولعل هذا مذهب الشافعي والأولى أنه لا يلزمها أكثر مما بذلت لأنها ما التزمت أكثر منه ولا وجد منها تغير للزوج ولا ينبغي أن يجب للزوج أيضاً أكثر مما بذل له الوكيل لأنه رضي بذلك عوضاً وهو عوض صحيح معلوم فلم يكن له أكثر منه كما لو بذلته المرأة (الثاني) أن يطلق الوكالة فيقتضي خالعها مهرها من جنس نقد البلد فإن خالعها بذلك فما دون صح ولزمها وإن خالعها بأكثر منه فهو كما لو خالعها بأكثر مما قدرت له على ما مضى من القول فيه

مضى خالع وكيل المرأة بما عينته له فما دون صح ولزمها ذلك لأنه زادها خبراً وإن خالعها بأكثر منه صح ولم تلزمها الزيادة لأنها لم تأذن فيها ولزم الوكيل لأنه التزمه للزوج فلزمه الضمان كالمضارب إذا اشترى من يعتق على رب المال ، وقال القاضي في المجرد عليها مهر مثلها ولا شيء على وكيلها لأنه لا يقبل العقد لنفسه وإنما يقبله لغيره ولعل هذا مذهب الشافعي ، والأولى أنه لا يلزمها أكثر مما بذلته لأنها ما التزمت أكثر منه ولا وجد منها تغير للزوج ولا ينبغي أن يجب للزوج أيضاً أكثر مما بذل له الوكيل لأنه رضي بذلك عوضاً وهو عوض صحيح معلوم فلم يكن له أكثر منه أشبه ما لو بذلته المرأة فإن أطلقت الوكالة اقتضى خالعها بمهرها من جنس نقد البلد فإن خالعته بمهرها فما دون صح ولزمها وإن خالعته بأكثر منه فهو كما لو خالعها بأكثر مما قدرت له على ما مضى من القول فيه

﴿ مسألة ﴾ (وإن خالعا راجعا بما بينهما من الحقوق وعنه أنها تسقط)

إذا خالع زوجته أو بارأها بعوض فإنهما يتراجعا بما بينهما من الحقوق ، فإن كان قبل الدخول فإنها نصف المهر فإن كانت قبضته ردت نصفه وإن كانت مفوضة فلها المتعة ، وهذا قول عطاء والنخعي والزهري والشافعي ، وقال أبو حنيفة ذلك براءة لكل واحد منهما عما لصاحبه عليه من المهر ، وأما الديون التي ليست من حقوق الزوجية ، فعنه فيهما روايتان ولا تسقط النفقة في المستقبل ، لأنها ما وجبت بعد .

(فصل) إذا اختلفا في الخلع فادعاء الزوج وأنكرته المرأة بانت باقراره ولم يستحق عليها عوضا لأنها منكرة وعليها اليمين وان ادعته المرأة وأنكره الزوج فالقول قوله لذلك ولا يستحق عليها عوضا لأنه لا يدعيه ، فان اتفقا على الخلع واختلفا في قدر العوض أو جنسه أو حلوله أو تأجيله أو صفته فالقول قول المرأة حكاه أبو بكر نصا عن أحمد وهو قول مالك وأبي حنيفة وذكر القاضي رواية أخرى عن أحمد أن القول قول الزوج لان البضع يخرج من ماله فكان القول قوله في عوضه كالسيد مع مكاتبته وقال الشافعي يتحالفان لأنه اختلفا في عوض العقد فيتحالفان فيه كالمبتاعين إذا اختلفا في الثمن ولنا أنه أحد نوعي الخلع فكان القول قول المرأة كالطلاق على مال إذا اختلفا في قدره ولان المرأة منكرة للزيادة في القدر أو الصفة فكان القول قولها لقول النبي ﷺ « اليمين على المدعى عليه » وأما التحالف في البيع فيحتاج اليه لفسخ العقد والخلع في نفسه فسخ فلا يفسخ ، وان قال خالعتك بألف فقالت إنما خالعتك غيري بألف في ذمتك بانت والقول قولها في نفي العوض عنها لأنها منكرة له وان قالت نعم

ولنا أن المهر حق لا يسقط بلفظ الطلاق فلا يسقط بلفظ الخلع كسائر الديون ونفقة العدة إذا كانت حاملا ، ولان نصف المهر الذي يصير له لم يجب له قبل الخلع فلم يسقط بالمباراة كنفقة العدة والنصف لها لا تبرأ منه بقوله براءتك لأن ذلك يقتضي براءتها من حقوقه لا براءته من حقوقها ، وعنه أنها تسقط كذهب أبي حنيفة

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (وإذا قال خالعتك بألف فأنكرته وقالت إنما خالعت غيري بانت باقراره والقول قولها مع يمينها في العوض لأنها منكرة وان قالت نعم لكن ضمنه غيري لمها الألف لأنها أقرت بها ولا يلزم الغير شيء الا أن يقر به ، فان ادعته المرأة وأنكره الزوج فالقول قوله كذلك ولا يستحق عليها عوضا لأنه لا يدعيه .

﴿ مسئلة ﴾ (وان اختلفا في قدر العوض أو عينه أو تأجيله فالقول قولها وكذلك ان اختلفا في صفته) حكاه أبو بكر نصا عن أحمد

وهو قول مالك وأبي حنيفة وعنه أن القول قول الزوج . حكاه القاضي عن أحمد لان البضع يخرج عن ماله فكان القول قوله في عوضه كالسيد مع مكاتبته ، وقال الشافعي يتحالفان لأنه اختلفا في عوض فيتحالفان فيه كالمبتاعين إذا اختلفا في الثمن

ولنا أنه أحد نوعي الخلع فكان القول قول المرأة كالطلاق على مال إذا اختلفا في قدره ، ولان المرأة منكرة للزائد في القدر أو الصفة فكان القول قولها لقول النبي ﷺ « اليمين على المدعى عليه » وأما التحالف في البيع فيحتاج اليه لفسخ العقد والخلع في نفسه فسخ فلا يفسخ

(فصل) فان قال سألتني طليقة بألف فقالت بل سألتك ثلاثا بألف فطالعتني واحدة ، بانت باقراره والقول قولها في سقوط العوض ، وعند أكثر الفقهاء يلزمها ثلاث الألف بناء على أصلهم

ولكن ضمنها لك أبي أو غيره لزها الالف لافراها به والضمان لا يبري، فمهما، وكذلك ان قالت خالعك
على الف بزنه لك أبي لانها اعترفت بالالف وادعت على أبيها دعوى قبل قولها على نفسها دون غيرها
وان قال سألتني طلبة بالالف فقالت بل سألتك ثلاثا بالالف فطلقني واحدة بانته باقراره والقول
قولها في سقوط العوض وعند أكثر الفقهاء يلزمها ثلث الالف بناء على أصابهم فيما إذا قالت طلقني
ثلاثا بالالف فطلقها واحدة أنه يلزمها ثلث الالف، وان خالعها على الف فادعى أنها دنائير وقالت بل
هي دراهم فالقول قولها لما ذكرنا في أول الفصل، ولو قال أحدهما كانت دراهم قراضة وقال الآخر
مطلقة فالقول قولها إلا على الرواية التي حكاهما القاضي فان قبل قول الزوج في هاتين المسئلتين
وان اتفقا على الاطلاق لزم الالف من غالب نقد البلد، وان اتفقا على أنها أرادا دراهم قراضة لزمها
ما اتفقت ارادتها عليه، وان اختلفا في الارادة كان حكمها حكم المطقة يرجع إلى غالب نقد البلد، وقال
القاضي اذا اختلفا في الارادة وجب المهر المسمى في العقد لان اختلافهما يجعل البذل مجهولا فيجب
المسمى في النكاح، والاول أصح لانهما لو أطلقا لصحت التسمية ووجب الالف من غالب نقد البلد
ولم يكن إطلاقهما جهالة تمنع صحة العوض فكذلك اذا اختلفا ولا يجوز العوض المجهول إذا لم تكن
جهالة تزيد على جهالة مهر المثل كعبد مطلق وبغير وفسر والجهالة ههنا أقل فالصحة أولى

فما اذا قالت طلقني ثلاثا بالالف فطلقها واحدة أنه يلزمها ثلث الالف وان خالعها على الف فادعى أنها
دنائير فقالت بل هي دراهم فالقول قولها لما ذكرنا في أول الفصل، وان قال أحدهما كانت دراهم
قراضة وقال الآخر مطقة فالقول قولها الا على الرواية التي حكاهما القاضي فان القول قول الزوج
في هاتين المسئلتين، وان اتفقا على الاطلاق لزمه من غالب نقد البلد، وان اتفقا على أنها أرادا دراهم
قراضة لزمها ما اتفقا عليه، وان اختلفا في الارادة كان حكمها حكم المطلقة يرجع إلى غالب نقد البلد .
وقال القاضي اذا اختلفا في الارادة وجب المهر المسمى في العقد لان اختلافهما يجعل البذل مجهولا
فيجب المسمى في النكاح والاول أصح لانهما لو أطلقا لصحت التسمية ووجب الف من غالب نقد
البلد ولم يكن إطلاقهما جهالة تمنع صحة العوض فكذلك اذا اختلفا، ولأنه يجوز العوض المجهول اذا
لم تكن جهالته تزيد على جهالة مهر المثل كعبد مطلق والجهالة ههنا أقل فالصحة أولى

﴿مسئلة﴾ (وان علق طلاقها بصفة ثم خالعها فوجدت الصفة ثم عاد فزوجها فوجدت الصفة
طلقت نص عليه ويتخرج أن لا تطلق بناء على الرواية في العتق واختاره أبو الحسن التيمي، وان
لم توجد الصفة حال الينونة عادت رواية واحدة)

مثال ذلك اذا قال ان كلمت أبك فأنت طالق ثم أبانها ثم تزوجها فكلمت أبها فانها تطلق
نص عليه أحمد، فأما ان وجدت الصفة في حال الينونة ثم تزوجها ثم وجدت مرة أخرى فظاهر

(فصل) إذا علق طلاق امرأته بصفة ثم إبانها بنكاح أو طلاق ثم عاد فزوجها ووجدت الصفة طالق، ومثاله إذا قال ان كلمت أباك فأنت طالق ثم إبانها بنكاح ثم تزوجها فكلمت أباه فأنها طالق نص عليه أحمد، فأما ان وجدت الصفة في حال البينة ثم تزوجها ثم وجدت مرة أخرى فظاهر المذهب أنها طالق، وعن أحمد ما يدل على أنها لا تطاق نص عليه في العتق في رجل قال لعبدك أنت حر إن دخلت الدار فباعه ثم رجع يعني فاشتره فان رجع وقد دخل الدار لم يعتق وإن لم يكن دخل فلا يدخل إذا رجع إليه فان دخل عتق، فإذا نص في العتق على أن الصفة لا تعود وجب أن يكون في الطلاق مثله بل أولى لان العتق يتشوف الشرع إليه ولذلك قال الحرق إذا قال إن تزوجت فلانة فهي طالق لم تطاق ان تزوجها، ولو قال ان ملكت فلانة فهو حر فملكه صار حراً وهذا اختيار أبي الحسن التميمي، وأكثر أهل العلم يرون أن الصفة لا تعود إذا إبانها بطلاق ثلاث، وإن لم توجد الصفة في حال البينة هذا مذهب مالك وأبي حنيفة وأحد أقوال الشافعي، قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا قال لزوجته أنت طالق ثلاثاً إن دخلت الدار فطلقها ثلاثاً ثم نكحت غيره ثم نكحها الخالف ثم دخلت الدار أنه لا يقع عليها الطلاق وهذا على مذهب مالك والشافعي وأصحاب الرأي لان إطلاق ذلك يقتضي ذلك فان إبانها دون اثلاث فوجدت الصفة ثم تزوجها انحلت يمينه في قولهم، وإن لم توجد الصفة في البينة ثم نكحها لم تنحل في قول مالك وأصحاب الرأي وأحد أقوال الشافعي وله قول آخر لا تعود الصفة بحال وهو اختيار المزني وأبي إسحاق لان الإيقاع وجب قبل النكاح فلم يقع كما لو علقه بالصفة قبل أن يتزوج بها فإنه لا خلاف في أنه لو قال لأجنبية أنت طالق

المذهب أنها تطلق، وعن أحمد ما يدل على أنها لا تطلق، نص عليه في العتق في رجل قال لعبدك أنت حر إن دخلت الدار فباعه ثم رجع يعني فاشتره فان رجع وقد دخل الدار لم يعتق، وإن لم يكن دخل فلا يدخل إذا رجع إليه فان دخل عتق، فإذا نص في العتق على أن الصفة لا تعود وجب أن يكون في الطلاق مثله بل أولى، لان العتق يتشوف الشرع إليه ولذلك قال الحرق إذا قال ان تزوجت فلانة فهي طالق لم تطاق ان تزوجها، ولو قال ان ملكت فلانة فهو حر فملكه صار حراً وهذا اختيار أبي الحسن التميمي، وأكثر أهل العلم يرون أن الصفة لا تعود إذا إبانها بطلاق ثلاث، وإن لم توجد في حال البينة، وهذا مذهب مالك وأبي حنيفة وأحد أقوال الشافعي

قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا قال لزوجته أنت طالق ثلاثاً إن دخلت الدار فطلقها ثلاثاً ثم نكحت غيره ثم نكحها الخالف ثم دخلت الدار لا يقع عليها الطلاق وهذا مذهب مالك والشافعي وأصحاب الرأي لان إطلاق الملك يقتضي ذلك فان إبانها دون اثلاث فوجدت الصفة ثم تزوجها انحلت يمينه في قولهم وإن لم توجد الصفة في البينة ثم نكحها لم تنحل في قول مالك وأصحاب الرأي وأحد أقوال الشافعي، وله قول آخر لا تعود الصفة بحال وهو اختيار

إذا دخلت الدار ثم تزوجها ودخلت الدار لم تطلق وهذا في معناه فأما إذا وجدت الصفة في حال البينونة انحلت اليمين لأن الشرط وجد في وقت لا يمكن وقوع الطلاق فيه فسقطت ليمين وإذا انحلت مرة لم يمكن عودها إلا بعقد جديد

ولما أن عقد الصفة ووقوعها وجدا في النكاح فيقع كما لو لم يتخلأ بينونة أو كما لو بانبت بما دون الثلاث عند مالك وأبي حنيفة ولم تفعل الصفة، وقولهم أن هذا طلاق قبل نكاح قلنا يبطل بما إذا لم يكمل الثلاث، وقولهم تنحل الصفة بفعلها إنما تنحل بفعلها على وجه يحث به وذلك لأن اليمين حل وعقد ثم ثبت أن عقدها يفترق إلى الملك فكذلك حلها والحث لا يحصل بفعل الصفة حال بينونتها فلا تنحل اليمين وأما العتق ففيه روايتان

(أحدهما) أن العتق كالنكاح في أن الصفة لا تنحل بوجودها بعد بيعه فيكون كمسئلتنا (والثانية) تنحل لأن الملك الثاني لا يبنى على الأول في شيء من أحكامه، وفارق النكاح فإنه يبنى على الأول في بعض أحكامه وهو عدد الطلاق فجاز أن يبنى عليه في عود الصفة ولأن هذا يفعل حيلة على إبطال الطلاق المعلق والحيل خداع لا تحل ما حرم الله فإن ابن ماجه وابن بطه رويًا بأسنادهما عن أبي موسى قال: قال رسول الله ﷺ « ما بال أقوام يلعبون بمحدود الله ويستهزئون بآياته قد طلقته قد راجعتك قد طلقته » وفي لفظ رواه ابن بطه « خلعتك وراجعتك طلقته راجعتك »

المزني وأبي إسحاق لأن الإيقاع وجد قبل النكاح فلم يقع كما لو علقه بالصفة قبل أن يتزوج بها فإنه لا خلاف في أنه لو قال لأجنبية أنت طالق إذا دخلت الدار ثم تزوجها ودخلت الدار لم تطلق وهذا في معناه، فأما إذا وجدت الصفة في حال البينونة انحلت اليمين لأن الشرط وجد في وقت لا يمكن وقوع الطلاق فيه فسقطت اليمين، وإذا انحلت مرة لم يمكن عودها إلا بعقد جديد

ولما أن عقد الصفة ووقوعها وجدا في النكاح فيقع كما لو لم يتخلأ بينونة أو كما لو بانبت بما دون الثلاث عند مالك وأبي حنيفة ولم تفعل الصفة، وقولهم أن هذا طلاق قبل نكاح قلنا يبطل بما إذا لم يكمل الثلاث، وقولهم تنحل الصفة بفعلها قلنا إنما تنحل بفعلها على وجه يحث به وذلك لأن اليمين حل وعقد ثم ثبت أن عقدها يفترق إلى الملك فكذلك حلها والحث لا يحصل بفعل الصفة حال بينونتها فلا تنحل اليمين به، وأما العتق ففيه روايتان

(أحدهما) أنه كالنكاح في أن الصفة لا تنحل بوجودها بعد بيعه فيكون كمسئلتنا. (والثانية) تنحل لأن الملك الثاني لا يبنى على الأول في شيء من أحكامه، وفارق النكاح فإنه يبنى على الأول في بعض أحكامه وهو عدد الطلاق فجاز أن يبنى عليه في عود الصفة، ولأن هذا يفعل حيلة على إبطال الطلاق المعلق والحيل خداع لا تحل ما حرم الله فإن ابن ماجه وابن بطه رويًا بأسناديهما عن أبي موسى قال قال رسول الله ﷺ « ما بال قوم يلعبون بمحدود الله ويستهزئون بآياته قد طلقته »

وروى بإسناده عن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ « لا تزكبو ما ارتكبت اليهود فتهطلوا بحارم الله بأدنى الحيل »

(فصل) فان كانت الصفة لا تعود بعد النكاح الثاني مثل أن قال إن أكلت هذا الرغيف فأنت طالق ثلاثاً ثم أبانها فأكلته ثم نكحها لم يحث لان حثه بوجود الصفة في النكاح الثاني وما وجدت ولا يمكن إيقاع الطلاق بأكلها له حال البيونة لان الطلاق لا يلحق البائن والله أعلم

كتاب الطلاق

الطلاق حل قيد النكاح وهو مشروع ، والاصل في مشروعيته الكتاب والسنة والاجماع . أما الكتاب فقول الله تعالى (الطلاق مرتان فامسك بمعروف أو تسريح بإحسان) وقال تعالى (يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن) وأما السنة فاروى ابن عمر أنه طلق امرأته وهي حائض فسأل عمر رسول الله ﷺ عن ذلك فقال له رسول الله ﷺ « مره فليراجعها ثم ليتركها حتى تطهر ثم تحيض ثم إن شاء أمسك بعد ، وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء » متفق عليه في آي وأخبار سوى هذين كثير ، وأجمع الناس على جواز الطلاق والعبرة دالة على جوازه فانه ربما فسدت الحال بين الزوجين فيصير بقاء النكاح مفسدة محضة وضرراً مجرداً بالزام

قد راجعتك قد طلقتك » وفي لفظ رومان بن بطة « خلعتك وراجعتك » وروى بإسناده عن أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ « لا تزكبو ما ارتكبت اليهود فتهطلوا بحارم الله بأدنى الحيل »

(فصل) فان كانت الصفة لا تعود بعد النكاح الثاني مثل أن قال إن أكلت هذا الرغيف فأنت طالق ثلاثاً ، ثم أبانها ثم أكلته ثم نكحها لم يحث لان حثه بوجود الصفة في النكاح الثاني وما وجدت ولا يمكن إيقاع الطلاق بأكلها له حال البيونة لان الطلاق لا يلحق البائن والله أعلم .

﴿ كتاب الطلاق ﴾

وهو حل قيد النكاح وهو مشروع والاصل في مشروعيته الكتاب والسنة والاجماع . أما الكتاب فقوله تعالى (الطلاق مرتان فامسك بمعروف أو تسريح بإحسان) وقال سبحانه (يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن) وأما السنة فروى ابن عمر أنه طلق امرأته وهي حائض فسأل عمر رسول الله ﷺ عن ذلك فقال له رسول الله ﷺ « مره فليراجعها ثم ليتركها حتى تطهر ثم تحيض ثم إن شاء أمسك بعد وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء » متفق عليه في آي وأخبار سوى هذين كثير وأجمع الناس على جواز الطلاق والعبرة دالة على

« الجزء الثامن » « ٣٠ » « المغني والشرح الكبير »

الزوج النفقة والسكنى وحبس المرأة مع سوء العشرة والخصومة الدائمة من غير فائدة فاقضى ذلك شرع ما يزيل النكاح لتزول المفسدة الحاصلة منه

(فصل) والطلاق على خمسة أضرب (واجب) وهو طلاق المولي بعد التبرص إذا أبى الفينة، (وطلاق) الحكيمين في الشقاق إذا رأيا ذلك (ومكروه) وهو الطلاق من غير حاجة إليه. وقال القاضي فيه روايتان (إحداها) أنه محرم لأنه ضرر بنفسه وزوجته وإعدام المصلحة الحاصلة لهما من غير حاجة إليه فكان حراما كاتلاف المال، وأقول النبي ﷺ «لا ضرر ولا إضرار» (والثانية) أنه مباح لقول النبي ﷺ «أبغض الحلال إلى الله الطلاق» وفي لفظ «ما أحل الله شيئا أبغض إليه من الطلاق» رواه أبو داود وإنما يكون مبغوضا من غير حاجة إليه وقد سماه النبي ﷺ حلالا ولأنه مزيل للنكاح المشتمل على المصالح المندوب إليها فيكون مكروها (والثالث) مباح وهو عند الحاجة إليه لسوء خلق المرأة وسوء عشرتها والتضرر بها من غير حصول الغرض بها (والرابع) مندوب إليه وهو عند تفریط المرأة في حقوق الله الواجبة عليها مثل الصلاة ونحوها ولا يمكن إجبارها عليها أو تركها له امرأة غير عفيفة قال أحمد لا ينبغي له إمساكها وذلك لأن فيه نقصا لدينه ولا يأمن إفسادها إفراسه وإلحاقها به ولذا ليس هو منه، ولا بأس بعضلها في هذه الحال والتضييق عليها لتهدي منه. قال الله تعالى (ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة) ويحتمل أن

جوازه فانه ربما فسدت الحال بين الزوجين فيصير بقاء النكاح مفسدة محضة واضراراً مجرداً بالزام الزوج النفقة والسكنى وحبس المرأة مع سوء العشرة والخصومة الدائمة من غير فائدة فاقضى ذلك شرع ما يزيل النكاح لتزول المفسدة الحاصلة منه

﴿مسئلة﴾ (وبإباح عند الحاجة ويكره من غير حاجة وعنه أنه محرم، ويستحب إذا كان بقاء النكاح ضرراً)

الطلاق على خمسة أضرب (واجب) وهو طلاق المولي بعد التبرص إذا أبى الفينة وطلاق الحكيمين في الشقاق إذا رأيا ذلك (والثاني) مكروه وهو الطلاق من غير حاجة إليه لانه مزيل للنكاح المشتمل على المصالح المندوب إليها فيكون مكروها وقال القاضي فيه روايتان (إحداها) أنه محرم لانه ضرر بنفسه وزوجته وإعدام المصلحة الحاصلة لهما من غير حاجة إليه فكان حراما كاتلاف المال ولقول النبي ﷺ «لا ضرر ولا إضرار» (والثانية) أنه مباح لقول النبي ﷺ «أبغض الحلال إلى الله الطلاق» وفي لفظ «ما أحل الله شيئا أبغض إليه من الطلاق» رواه أبو داود (والثالث) مباح وهو عند الحاجة إليه لسوء خلق المرأة وسوء عشرتها والتضرر منها من غير حصول الغرض بها (والرابع) مندوب إليه وهو عند تفریط المرأة في حقوق الله الواجبة عليها مثل الصلاة ونحوها ولا يمكن إجبارها عليها أو يكون له امرأة غير عفيفة قال أحمد لا ينبغي له إمساكها وذلك لان فيه نقصاً في دينه ولا يأمن إفسادها إفراسه

الطلاق في هذين الموضعين واجب ومن المندوب اليه الطلاق في حال الشقاق وفي الحال التي تخرج المرأة إلى الخالة لتزيل عنها الضرر (وأما المحذور) فالطلاق في الحيض أو في طهر جامعها فيه أجمع العلماء في جميع الامصار وكل الاعصار على تحريمه ويسمى طلاق البدعة لان المطلق خالف السنة وترك أمر الله تعالى ورسوله . قال الله تعالى (فطالقوهن لعدتهن) وقال النبي ﷺ « إن شاء طلق قبل أن يس فذلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء » وفي لفظ رواه الدارقطني بإسناده عن ابن عمر أنه طلق امرأته تطليقة وهي حائض ثم أراد أن يتبعها بتطليقتين آخريتين عند القرأين فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فقال « يا ابن عمر ما هكذا أمرك الله إنك أخطأت السنة والسنة أن تستقبل الطهر فتطلق لكل قرء » ولأنه إذا طلق في الحيض طول العدة عليها فان الحيضة التي طلق فيها لا تحسب من عدتها ولا الطهر الذي بعدها عند من يجعل الاقراء الحيض وإذا طلق في طهر أصابها فيه لم يأمن أن تكون حاملا فيندم وتكون مرتابة لا ندري أتعهد بالحمل أو الاقراء ؟

﴿مسئلة﴾ قال (وطلاق السنة أن يطلقها طاهراً من غير جماع واحدة ثم يدعها حتى تنقضي عدتها)

مغني طلاق السنة الطلاق الذي وانق أمر الله تعالى وأمر رسوله ﷺ في الآية والخبرين المذكورين وهو الطلاق في طهر لم يصحبها فيه ثم يتركها حتى تنقضي عدتها ولا خلاف في أنه إذا طلقها

والحاقها به ولدأ من غيره ولا بأس بعضلها في هذه الحال في التضييق عليها لتقتدي منه قال الله تعالى (ولا تغضون لنفوسكم لتهبوا ببعض ما آتيتوهن الا أن يأتين بفاحشة مبينة)

ويحتمل أن الطلاق في هذين الموضعين واجب ومن المندوب اليه الطلاق في حال الشقاق في الحال التي تخرج المرأة إلى الخالة لتزيل عنها الضرر (والخامس) المحذور وهو طلاق الحائض أو في طهر أصابها فيه وقد أجمع العلماء في جميع الامصار على تحريمه ويسمى طلاق البدعة لان المطلق خالف السنة وترك أمر الله ورسوله . قال الله تعالى (فطالقوهن لعدتهن) وقال النبي ﷺ « إن شاء طلق قبل أن يس فذلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء » وفي لفظ رواه الدارقطني بإسناده عن ابن عمر أنه طلق امرأته تطليقة وهي حائض ثم أراد أن يتبعها بتطليقتين آخريتين عند القرأين فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فقال « يا ابن عمر ما هكذا أمرك الله إنك أخطأت السنة والسنة أن تستقبل الطهر فتطلق لكل قرء » ولأنه إذا طلق في الحيض طول العدة عليها فان الحيضة التي طلق فيها لا تحسب من عدتها ولا الطهر الذي بعدها عند من يجعل الاقراء الحيض وإذا طلق في طهر أصابها فيه لم يأمن أن تكون حاملا فيندم وتكون مرتابة أتعهد بالحمل أو الاقراء ؟

(مسئلة) (ويصح من الزوج الماقل البالغ المختار ومن الصبي العاقل وعنه لا يصح حتى يبلغ)

في طهر لم يصبها فيه ثم تركها حتى تنقضي عدتها أنه مصيب للسنة مطلق لعدة التي أمر الله بها قال ابن عبد البر وابن المنذر وقال ابن مسعود طلاق السنة أن يطلقها من غير جماع ، وقال في قوله تعالى (فطلقوهن لعدتهن) قال طاهراً من غير جماع ونحوه عن ابن عباس وفي حديث ابن عمر الذي رويناه « ليتركها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك وإن شاء طلق قبل أن يمس فذلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء » فأما قوله ثم يدها حتى تنقضي عدتها فعنه أنه لا يذهبها طلاقاً آخر قبل قضاء عدتها ولو طلقها ثلاثاً في ثلاثة أطهار كان حكم ذلك حكم جمع الثلاث في طهر واحد ، قال أحمد طلاق السنة واحدة ثم يتركها حتى تحيض ثلاث حيض ، وكذلك قال مالك والارزاعي والشافعي وأبو عبيد وقال أبو حنيفة والثوري السنة أن يطلقها ثلاثاً في كل قرء طلقاً وهو قول سائر الكوفيين واحتجوا بحديث ابن عمر حين قال له النبي ﷺ « راجعها ثم أمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر » قالوا وإنما أمره بامساكها في هذا الطهر لأنه لم يفصل بينه وبين الطلاق طهر كامل فإذا مضى ومضت الحيضة التي بعده أمره بطلاقها ، وقوله في حديثه الآخر والسنة أن يستقبل الطهر فيطلق لكل قرء

وروى النسائي بإسناده عن عبد الله قال : طلاق السنة أن يطلقها تطليقة وهي طاهر في غير جماع فإذا حاضت وطهرت طلقها أخرى ، فإذا حاضت وطهرت طلقها أخرى ثم تعتد بعد ذلك بحيضة ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال لا يطلق أحد السنة فيندم . رواه الأثرم وهذا إنما يحصل

أما صحة الطلاق من الزوج العاقل المختار فلا نعلم فيه خلافاً لأنه عقد معاوضة فصحه منه كالبيع ، وأما الصبي فإن لم يعقل فلا طلاق له بغير خلاف وأما الذي يعقل الطلاق ويعلم أن زوجته تبين منه وتحرم عاينه فأكثر الروايات عن أحمد أن طلاقه يقع ، وذكره الخري واختاره أبو بكر وابن حامد وروى نحوه ذلك عن سعيد بن المسيب وعطاء والحسن والشعبي وإسحاق وروى أبو طالب عن أحمد لا يجوز طلاقه حتى يحتلم وهو قول المنعني والزهري ومالك وحماد والثوري وأبي عبيد وذكر أبو عبيد أنه قول أهل العراق وأهل الحجاز وروى ذلك عن ابن عباس لقول النبي ﷺ « رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم » ولأنه غير مكلف فلم يقع طلاقه كالجنون ووجه الأولى قول النبي ﷺ « إنما الطلاق لمن أخذ بالساق - وقوله - كل الطلاق جائز إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله » وروى عن علي رضي الله عنه قال : اكتبوا الصبيان النكاح فيفهم أن فائدته أن لا يطلقوا . ولأنه طلاق من عاقل صادق محل طلاق فأشبهه طلاق البالغ

(فصل) وأكثر الروايات عن أبي عبد الله تحديد من يقع طلاقه من الصبيان بكونه يعقل وهو اختيار القاضي وروى أبو الحارث عن أحمد إذا عقل العاقل جاز طلاقه ما بين عشر إلى اثنتي عشرة وهذا يدل على أنه لا يقع دون العشر وهو اختيار أبي بكر لأن العشر حد الضرب على الصلاة والصيام وصحة الوصية فكذلك هذا وعن سعيد بن المسيب إذا احصى الصلاة وصام رمضان جاز طلاقه وقال عطاء

في حق من لم يطلق ثلاثاً ، وقال ابن سيرين ان علياً كرم الله وجهه قال : لو أن الناس أخذوا بما أمر الله من الطلاق ما يتبع رجل نفسه امرأة أبداً يطلقها تطليقة ثم يدعها ما بينها وبين أن تحيض ثلاثاً فتشأ راجعها . رواه النجاد بإسناده

وروى ابن عبد البر بإسناده عن ابن مسعود أنه قال : طلاق السنة أن يطلقها وهي طاهر ثم يدعها حتى تنقضي عدتها أو يراجعها ان شاء . فأما حديث ابن عمر الاول فلا حجة لهم فيه لانه ليس فيه جمع الثلاث ، وأما حديثه الآخر فيحتمل أن يكون ذلك بعد ارتجاعها ، ومتى ارتجع بعد الطلقة ثم طلقها كان للسنة على كل حال حتى قد قال ابو حنيفة لو أمسكها بيده لشهوة ثم والى بين الثلاث كان مصيباً للسنة لانه يكون مرتجعاً لها والمعنى فيه أنه اذا ارتجعها سقط حكم الطلقة الاولى فصارت كأنها لم توجد ولا غني به عن الطلقة الاخرى اذا احتاج الى فراق امرأته بخلاف ما اذا لم يرتجعها فانه مستغن عنها لانفضائها إلى مقصوده من اباتها فافترقا ولان ما ذكره ارداف طلاق من غير ارتجاع فلم يكن للسنة كجمع الثلاث في طهر واحد وتحريم المرأة لا يزول الا بزواج وإصابة من غير حاجة فلم يكن للسنة كجمع الثلاث .

(فصل) فان طلق للبدعة وهو أن يطلقها حائضاً أو في طهر أصابها فيه اثم ووقع طلاقه في قول عامة أهل العلم ، قال ابن المنذر وابن عبد البر لم يخالف في ذلك الا أهل البدع والضلال وحكاه ابو

إذا بلغ أن يصيب النساء وعن الحسن إذا عقل وحفظ الصلاة وصام رمضان وقال اسحاق إذا جاز اثنتي عشرة .

(فصل) ومن أجاز طلاقه اقتضى مذهبه أن يجوز توكيله فيه وتوكله لغيره وقد أوماً اليه فقال في رجل قال لصبي طلق امرأتك فقال قد طلقته ثلاثاً لا يجوز عليها حتى يعقل الطلاق قيل له فان كانت له زوجة صبية فقالت له صير امرأتي الي فقال لها أمرك بيدك فقالت قد اخترت نفسي ؟ فقال أحمد ليس شيئاً حتى يكون مثلها يعقل الطلاق ، وقال أبو بكر لا يصح أن يوكل حتى يبلغ ، وحكاه عن أحمد

ولنا أن من صح تصرفه في شيء مما تجوز الوكالة فيه بنفسه صح توكيله ووكالته فيه كالبالغ وما روي عن أحمد من منع ذلك فهو على الرواية التي لا تجيز طلاقه وتأنى إن شاء الله تعالى

(فصل) فأما السفية فيقع طلاقه في قول أكثر أهل العلم منهم القاسم بن محمد ومالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه ومنع منه عطاء والاولى صحته لانه مكلف مالك لحل الطلاق فوقع طلاقه كالرشيد والحجر عليه في ماله لا يمنع من التصرف في غير ما هو محجور عليه فيه كالفلس

(مسئلة) (ومن زال عقله بسبب يعذر فيه كالجنون والنائم والمغمى عليه والمبرسم لم يقع طلاقه) أجمع أهل العلم على أن الزائل العقل بغير سكر أو ما في معناه لا يقع طلاقه كذلك قال عثمان وعلي وسعيد بن المسيب والحسن والنخعي والشعبي وقناة وأبو قلابة والزهري ويحيى الأنصاري ومالك

نصر عن ابن علية وهشام بن الحكم والشيمة قالوا لا يقع طلاقه لان الله تعالى أمر به في قبل العدة فاذا طلق في غيره لم يقع كالوكيل اذا أوقعه في زمن أمره موكله بإيقاعه في غيره

ولنا حديث ابن عمر أنه طلق امرأته وهي حائض فأمره النبي ﷺ أن يراجعها وفي رواية الدارقطني قال فقلت يا رسول الله أفرأيت لو أني طلقها ثلاثا أكان يحل لي أن أراجعها؟ قال « لا كانت تبين منك وتكون معصية » وقال نافع وكان عبدا لله طلقها تطليقة فحسبت من طلاقه وراجعها كما أمره رسول الله ﷺ ومن رواية يونس بن جبير عن ابن عمر قال قلت لابن عمر أفتعتد عليه أو تحتسب عليه؟ قال نعم أرأيت ان عجز واستعج؟ وكلها أحاديث صحاح ولأنه طلاق من مكلف في محل الطلاق فوقع كطلاق الحامل ولأنه ليس يقر به فيعتبر لوقوعه موافقة السنة بل هو ازالة عصمة وقطع ملك فإيقاعه في زمن البدعة أولى تغليظا عليه وعقوبة له أما غير الزوج فلا يملك الطلاق والزوج يملكه بما يملكه محله (فصل) ويستحب أن يراجعها لأمر النبي ﷺ بمراجعتهما وأقل أحوال الأمر الاستحباب ولأنه بالرجعة يزيل المعنى الذي حرم الطلاق ولا يجب ذلك في ظاهر المذهب وهو قول الثوري والاوزاعي والشافعي وابن أبي ليلى وأصحاب الرأي وحيي ابن أبي موسى عن أحمد رواية أخرى أن الرجعة تجب واختارها وهو قول مالك وداود اظاهر الأمر في الوجوب ولأن الرجعة تجري مجرى استبقاء

والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وأجمعوا على أن الرجل في حال نومه أنه لا طلاق له وقد ثبت أن النبي ﷺ قال « رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يعقل » وروي عن أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال « كل الطلاق جائز إلا طلاق المعتوه والمغلوب على عقله » رواه البخاري وقال الترمذي لا نعرفه إلا من حديث نطاء عن ابن محجلان وهو ذاهب الحديث وروي عن علي بإسناده مثل ذلك ولأنه قول يزيل الملك فاعتبر له العقل كالبصير وسواء زال بجنون أو اغماء أو شرب دواء أو اكراه على شرب الخمر أو شرب ما يزيل عقله أو لم يعلم أنه مزيل للنقل فكل هذا يمنع وقوع الطلاق رواية واحدة ولا نعلم فيه خلافاً

(مسئلة) وإن كان بسبب لا يعذر فيه كالسكران ومن شرب ما يزيل عقله لغير حاجة ففي صحة طلاقه روايتان وكذا يخرج في قتله وقذفه وسرقته وزناه وظهاره وإيلائه

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في طلاق السكران فروي عنه أنه يقع اختارها أبو بكر الخلال والقاضي وهو مذهب سعيد بن المسيب وعطاء ومجاهد والحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي والحكم ومالك والاوزاعي والشافعي وابن شبرمة وأبي حنيفة وصاحبيه وسليمان بن حرب لقول النبي ﷺ « كل الطلاق جائز إلا طلاق المعتوة » ومثل هذا عن علي ومعاوية وابن عباس، قال ابن عباس طلاق السكران جائز ان ركب معصية من معاصي الله نفعه ذلك ولأن الصحابة جعلوه كالصاحي في الحد

النكاح واستبراءه هنا واجب بدليل تحريم الطلاق ولان الرجعة إمساك لازمة بدليل قوله تعالى (فأمسكوهن بمعروف) فوجب ذلك كما سماها قبل الطلاق، وقال مالك وداود يجبر على رجعتها قال أصحاب مالك يجبر على رجعتها مادامت في العدة إلا أشهب قال ما لم تطهر ثم تحيض ثم تطهر لانه لا يجب عليه إمساكها في تلك الحال فلا يجب عليه رجعتها فيه

ولما أنه طلاق لا يرتفع بالرجعة فلم تجب عليه الرجعة فيه كالطلاق في طهر مسها فيه فأنهم أجمعوا على أن الرجعة لا تجب حكاه ابن عبد البر عن جميع العلماء وما ذكره من المعنى ينتقض بهذه الصورة وأما الأمر بالرجعة فمحمول على الاستحباب لما ذكرنا

(فصل) فان راجعها وجب امساكها حتى تطهر واستحب امساكها حتى تحيض حيضة أخرى ثم تطهر على ما أمر به النبي ﷺ في حديث عمر الذي روينا قال ابن عبد البر ذلك من وجوه عند أهل العلم منها أن الرجعة لا تكاد تعلم صحتها إلا بالوطء لانه المبني من النكاح ولا يحصل الوطء إلا في الطهر فاذا وطئها حرم طلاقها فيه حتى تحيض ثم تطهر واعتبرنا مظنة الوطء ومحله لا حقيقته ومنها أن الطلاق كره في الحبض لتطويل العدة فلو طلقها عقيب الرجعة من غير وطء كانت في معنى المطابقة قبل الدخول وكانت تبني على عدتها فأراد رسول الله ﷺ قطع حكم الطلاق بالوطء واعتبر الطهر الذي هو موضع الوطء فاذا وطئ حرم طلاقها حتى تحيض ثم تطهر، وقد جاء في حديث عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال «مره أن راجعها فاذا طهرت سها حتى إذا طهرت أخرى فان شاء طلقها وان شاء

بالذف بدليل ما روى أبو وبرة الكلبي قال : أرسلني خالد إلى عمر فأتيته في المسجد وعنده عثمان وعلي وعبد الرحمن وطلحة والزبير فقلت ان خالداً يقول ان الناس انهمكوا في الحمر وتحاقروا والعقوبة قال عمر هؤلاء عندك فساهم فقال علي نراه إذا سكر هذى وإذا هذى افتري وعلى المفتري ثمانون فقال عمر أبلغ صاحبك ما قال فجعلوه كما صاحي ولانه ايقاع طلاق من مكلف غير مكره صادم ملكه فوجب أن يقع كطلاق الصاحي ويدل على تكليفه أنه يقتل بالقتل ويقطع بالسرقة وبهذا فارق المجنون (والثانية) لا يقطع طلاقه اختارها أبو بكر عبد النزير وهو قول عثمان رضي الله عنه ومذهب عمر بن عبد العزيز والقاسم وطاوس وربيعه ويحيى الانصاري والليث والعنبري واسحاق وأبي ثور والمزني قال ابن المنذر هذا ثابت عن عثمان لا نعلم أحداً من الصحابة خالفه وقال أحمد حديث عثمان أرفع شيء فيه وهو أصح يعني من حديث علي وحديث الأعمش عن منصور ولا يرفعها علي ولانه زائل العقل أشبه المجنون والثائم ولانه مفقود الإرادة أشبه المكره ولان العقل شرط التكليف إذ هو عبارة عن الخطاب بأمر أو نهي ولا يتوجه ذلك الى من لا يفهمه ولا فرق بين زوال الشرط بمعصية أو غيرها بدليل أن من كسر ساقه جاز له أن يصلي قاعداً ولو ضربت المرأة بطنها فنفست سقطت عنها الصلاة ولو ضربت رأسه فخن سقط التكليف وحديث أبي هريرة لا يثبت وأما قتله وقذفه وسرقته فهو كسثلتنا

أمسكها، رواه ابن عبد البر ومنها أنه عوقب على إبقائه في الوقت المحرم بمنعه منه في الوقت الذي يباح له وذکر غير هذا فإن طلقها في الطهر الذي يلي الحيضة قبل أن يمسه فهو طلاق سنة وقال أصحاب مالك لا يطلقها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر على ما جاء في الحديث

ولنا قوله تعالى (فطلقوهن لعدتهن) وهذا مطلق للعدة فيدخل في الأمر وقد روى يونس بن جبير وسعيد بن جبیر وابن سيرين وزيد بن أسلم وأبو الزبير عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ أمره أن يراجعها حتى تطهر ثم إن شاء طلق وإن شاء أمسك ولم يذكروا تلك الزيادة وهو حديث صحيح متفق عليه ولأنه طهر لم يمسه فيه فأشبهه الثاني وحديثهم محمول على الاستحباب

(مسئلة) قال (ولو طلقها ثلاثاً في طهر لم يصحبها فيه كان أيضاً للسنة وكان تاركاً للاختيار)

اختلفت الرواية عن أحمد في جمع الثلاث فروي عنه أنه غير محرم اختاره الحنفي وهو مذهب الشافعي وأبي ثور وداود وروى ذلك عن الحسن بن علي وعبد الرحمن بن عوف والشعبي لأن عويمر العجلاني لما لعن امرأته قال كذبت عليها يارسول الله أن أمسكها فطلقها ثلاثاً قبل أن يأمره رسول الله ﷺ متفق عليه ولم ينقل إنكار النبي ﷺ وعن عائشة أن امرأة رفاعة جاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت يارسول الله أن رفاعة طلقني فبت طلاقاً متفق عليه وفي حديث فاطمة بنت قيس أن زوجها أرسل إليها بثلاث تطليقات ولأنه طلاق جاز تفريقه تجاز جمعه كطلاق النساء والرواية الثانية أن جمع الثلاث

(فصل) والحكم في عتقه ونذره وبيعه وشرائه وردته وإقراره وقتله وقذفه وسرقته كالحكم في طلاقه لأن المعنى في الجميع واحد وقد روى عن أحمد في بيعه وشرائه الروايتان وسأله ابن منصور إذا طلق السكران أو سرق أو زنى أو أوفرتى أو اشتري أو باع فقال أخبر عنه لا يصح من أمر السكران شيء وقال أبو عبد الله بن حامد حكم السكران حكم الصاحي فيما له وفيما عليه أما في ماله وعليه كالباع والنكاح والمعاوضات فهو كالمجنون لا يصح له شيء وقد أومأ إليه أحمد والاولى أن ماله أيضاً لا يصح منه لأن تصحيح تصرفاته مما عليه مؤاخذه له وإيس من المؤاخذه تصحيح له وكذلك الحكم فيمن شرب أو أكل ما يزيل عقله لغير حاجة وهو يعلم قياساً على السكران في وقوع طلاقه وبهذا قال أصحاب الشافعي وقال أصحاب أبي حنيفة لا يقع طلاقه لأنه لا يلتذ بشربها ولنا أنه زال عقله فأشبهه السكران

(فصل) وخذ السكر الذي يقع الخلاف في صاحبه هو الذي يجعله يخلط في كلامه ولا يعرف رداءه من رداء غيره وفعله من فعل غيره ونحو ذلك لأن الله تعالى قال (يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون) فجعل علامة زوال السكر علمه ما يقول وروى عن عمر رضي الله

طلاق بدعة محرم اختارها أبو بكر وأبو حنيفة روي ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وابن عمر وهو قول مالك وأبي حنيفة قال علي رضي الله عنه لا يطلق أحد السنة فيندم وفي رواية قال يطأها واحدة ثم يدعها ما بينها وبين أن تحيض ثلاث حيض فمضى شاء راجعاً، وعن عمر رضي الله عنه أنه كان إذا أتى برجل طلق ثلاثاً أوجهه ضرباً وعن مالك بن الحارث قال جاء رجل إلى ابن عباس فقال ان عني طلق امرأته ثلاثاً فقال ان عني الله وأطاع الشيطان فلم يجعل الله له مخرجاً، ووجه ذلك قول الله تعالى (يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطعنوهن لعدتهن - إلى قوله - لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً) ثم قال بعد ذلك (ومن يتق الله يجعل له مخرجاً ممن يتق الله يجعل له من أمره يسراً) ومن جملة الثلاث لم يبق له أمر يحدث ولا يجعل الله له مخرجاً ولا من أمره يسراً. وروي النسائي بإسناده عن محمود بن لبيد قال أخبر رسول الله ﷺ عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعاً فغضب ثم قال «أيلعب بكتاب الله عز وجل وأنا بن أظهر كم؟» حتى قام رجل فقال يا رسول الله لا اتله وفي حديث ابن عمر قال قالت يا رسول الله أرايت لو طلقته ثلاثاً؟ قال «ذاعصيت ربك وبانت منك امرأتك» وروي الدارقطني بإسناده عن علي قال سمع النبي ﷺ رجلاً طلق البنت فغضب وقال «تخذون آيات الله هزواً أودين الله هزواً أو لعباً؟ من طلق البنت الزمناه ثلاثاً لا نحل له حتى تنكح زوجاً غيره» ولأنه تحريم للبضع بقول الزوج من غير حاجة فحرم كالظهار بل هذا أولى لأن الظهارير ترفع تحريمه بالكفيرة وهذا لا سبيل للزوج إلى رفعه بحال ولأنه ضرر وضرار بنفسه وبامرأته من غير حاجة فيدخل في عموم النهي وربما كان وسيلة إلى عوده إليها حراماً أو بحيلة لا تزيل التحريم وتوقع الندم وخسارة الدنيا والآخرة فكان أولى بالتحريم من الطلاق

عنه أنه قال : استقرئوه القرآن أو ألقوا رداءه في الأردية فان قرأ أم القرآن أو عرف رداءه والا فأقم عليه الحد ولا يعتبر أن لا يعرف السماء من الأرض ولا الذكر من الأنثى لان ذلك لا يخفى على الجنون فغيره أولى .

(فصل) في المغنى عليه اذا طلق فلما أفاق وعلم أنه كان أغمى عليه وهو ذاكر لذلك فقال اذا كان ذاكراً لذلك فليس هو مغمى عليه فقال أحمد يجوز طلاقه وقال في رواية أبي طالب في الجنون يطلق فقيل له لما أفاق انك طلقت امرأتك فقال ما أنا أذكر اني طلقت ولم يكن عقلي معي فقال اذا كان يذكر أنه طلق فقد طلقت فلم يجعله مجنوناً اذا كان يذكر الطلاق ويعلم به. قال شيخنا وهذا والله أعلم فيمن جنونه بذهاب معرفته بالسكوية وبطلان حواسه، فأما من كان جنونه لثباف أو كان متبرساً فان ذلك يسقط حكم تصرفه مع أن معرفته غير ذاهبة بالسكوية فلا يضره ذكره للطلاق ان شاء الله تعالى

(مسئلة) (ومن أكره على الطلاق بغير حق لم يقع طلاقه)

لا تختلف الرواية عن أحمد ان طلاق السكر لا يقع روي ذلك عن عمر وعلي وابن عمر وابن عباس

في الحيض الذي ضرره بقاؤها في العدة ايما يسيرة أو الطلاق في طهر مسها فيه الذي ضرره احتمال الندم بظهور الحمل فان ضرر جمع الثلاث يتضاعف على ذلك اضعاافا كثيرة فالتحريم ثم تنبيهه على التحريم ههنا ولانه قول من سميننا من الصحابة رواه الاثرم وغيره ولم يصح عندنا في عصرهم خلاف قولهم فيكون ذلك اجماعا

وأما حديث المتلاعنين فغير لازم لان الفرق لم تقع بالطلاق فانها وقعت بمجرد لعانها وعند الشافعي بمجرد لعان الزوج فلا حجة فيه ثم إن اللعان يوجب تحريما مؤبداً فالطلاق بعده كالطلاق بعد انفساخ النكاح بالرضاع أو غيره ولان جمع الثلاث انما حرم لما يعقبه من الندم ويحصل به من الضرر ويفوت عليه من حل نكاحها ولا يحصل ذلك بالطلاق بعد اللعان لحصوله باللعان وسائر الاحاديث لم يقع فيها جمع الثلاث ، بين بدعي النبي ﷺ فيكون مقراً عليه ولا حضر المطلق عند النبي ﷺ حين أخبر بذلك لينكر عليه، على أن حديث فاطمة قد جاء فيه أنه أرسل إليها بتطبيقه كانت بقيت لها من طلاقها وحديث امرأة رفاعه جاء فيه أنه طلقها آخر ثلاث تطليقات . متفق عليه فلم يكن (١) في شيء من ذلك جمع الثلاث ولا خلاف بين الجميع في أن الاختيار والاولى أن يطلق واحدة ثم بدعها حتى تنقضي عدتها إلا ما حكينا من قول من قال إنه بطؤها في كل قرء طاعة، والاول أولى فان في ذلك امتثالا لأمر الله سبحانه وموافقة لقول السلف وأما من الندم ، فانه متى ندم راجعها فإن فاته ذلك بانتضاء عدتها فله نكاحها ، قال محمد بن سيرين ان عليا كرم الله وجهه قال : لو أن الناس أخذوا بما أمر الله من الطلاق

(١) في نسخة فلم يكره

وابن الزبير وجابر بن سمرة وبه قال عبد الله بن عبيد بن عمير وعكرمة والحسن وجابر بن زيد وشريح وعطاء وطاوس وعمر بن عبد العزيز وابن عمر وايوب السخيتاني ومالك والاوزاعي والشافعي واسحاق وابو ثور وابو عبيد واجازه ابو قلابة والشعبي والبخمي والزهري والثوري وابو حنيفة وصاحبه لانه طلاق من مكلف في محل يملكه فنفذ كطلاق غير المكروه. ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « ان الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » رواه ابن ماجه وعن عائشة قالت سمعت رسول الله ﷺ يقول « لا طلاق في اغلاق » رواه ابو داود وقال ابو عبيد والقتبي معناه في اكرامه ، وقال ابو بكر سأت ابن دريد وأباطاهر النخعيين قولا يريد الا كراه لانه اذا أكره انعلق عليه رأيه ، ويدخل في هذا المعنى المبرسم والمجنون ولانه قول من سميننا من الصحابة ولا يخالف لهم في عصرهم فيكون اجماعا ولانه قول حمل عليه بغير حق فلم يثبت له حكم ككلمة الكفر اذا أكره عليها

(فصل) وإن كان الا كراه بحق كما كراه الحاكم المولي على الطلاق بعد التبرؤ اذا لم يبق أو اكراهه الرجلين اللذين زوجها الوليان ولم يعلم السابق منهما على الطلاق فانه يقع لانه قول حمل عليه لحق فصح كاسلام المرتد إذا أكره عليه ، ولانه انما جاز اكراهه على الطلاق ليقع طلاقه فلو لم يقع لم يحصل المقصود.

ما يتبع رجل نفسه امرأة أبداً يطأها تطليقة ثم يدعها ما بينهما وبين أن تحيض ثلاثاً ففني شاء راجعها .
رواه النجاد بإسناده . وعن عبد الله قال : من أراد أن يطلق الطلاق الذي هو الطلاق فليعمل حتى
إذا حاضت ثم ظهرت طلقها تطليقة في غير جماع ثم يدعها حتى تنقضي عدها ولا يطلقها ثلاثاً وهي
حامل فيجمع الله عليه نفقتها وأجر رضاعها ويندمه الله فلا يستطيع اليها سبيلاً

(فصل) وإن طلق ثلاثاً بكلمة واحدة وقع الثلاث وحرمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره ولا فرق
بين قبل الدخول وبعده روي ذلك عن ابن عباس وأبي هريرة وابن عمر وعبد الله بن عمرو وابن مسعود
وأنس وهو قول أكثر أهل العلم من التابعين والأئمة بعدهم وكان عطاء وطاوس وسعيد بن جبير
وأبو الشعثاء وعمرو بن دينار يقولون من طلق البكر ثلاثاً فهي واحدة وروى طاوس عن ابن عباس
قال كان الطلاق على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وستين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة
رواه أبو داود وروى سعيد بن جبير وعمرو بن دينار ومجاهد ومالك بن الحارث عن ابن عباس خلاف
رواية طاوس أخرجه أيضاً أبو داود وأفتى ابن عباس بخلاف ما رواه عنه طاوس وقد ذكرنا حديث
بن عمر أرايت لو طلقها ثلاثاً وروى الدارقطني بإسناده عن عباد بن الصامت قال طلق بعض آبائي
امراته الفا فانطلق بنوه الى رسول الله ﷺ فقالوا يا رسول الله ان أبانا طلق امنا الفا فهل له مخرج ؟
فقال « ان اباكم لم يبق الله فيجعل له من أمره مخرجاً بانتهى بثلاث على غير السنة وتسعمائة وسبعة
وتسعون ثم في عنقه » ولان النكاح ملك يصح ازالته متفرقاً فصريح محتمل كسائر الاملاك ، فأما حديث ابن
عباس فقد صححت الرواية عنه بخلافه وأفتى أيضاً بخلافه قال الاثرم سألت ابا عبد الله عن حديث ابن عباس بأي

﴿ مسألة ﴾ (وإن هدد بالقتل وأخذ المال ونحوه قادر يغلب على ظنه وقوع ما هدد به فهو
اكره ، وعنه لا يكون مكرهاً حتى يناله شيء من العذاب كالضرب والحقق وعصر الساق واختاره
الحري) أما إذا نيل بشيء من العذاب كالضرب والحقق والعصر والحبس والغط في الماء مع الوعيد
فانه يكون اكرهاً بلا اشكال لما روي أن المشركين أخذوا عماراً فأرادوه على الشرك فأعطاهم فأتى
اليه النبي ﷺ وهو يبكي فجعل يمسح الدموع عن عينيه ويقول « أخذك المشركون فغطوك في الماء
وأمروك أن تشرك بالله ففعلته ، فان أخذوك مرة أخرى فافعل ذلك بهم » رواه أبو حفص بإسناده
وقال عمر رضي الله عنه ليس الرجل أميناً على نفسه اذا أوجعته أو ضربته أو أوثقته وهذا يقتضي
وجود فعل يكون به اكرهاً .

فاما الوعيد بمفرده فعن أحمد فيه روايتان (احدهما) ليس باكره لان الذي ورد الشرع
بالرخصة معه هو ما ورد في حديث عمار وفيه « إنهم أخذوك فغطوك » فلا يثبت الحكم إلا فيما كان
مثله (والثانية) أن الوعيد بمفرده اكره قال في رواية ابن منصور حد الاكره إذا خاف القتل
أو ضرباً شديداً ، وهذا قول أكثر الفقهاء وبه يقول أبو حنيفة والشافعي لان الاكره لا يكون

شيء تدفعه فقال ادفعه برواية الناس عن ابن عباس من وجوه خلافه ثم ذكر عن عدة عن ابن عباس من وجوه أنها ثلاث، وقيل معنى حديث ابن عباس أن الناس كانوا يطأون واحدة على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر والا فلا يجوز أن يخالف عمر ما كان في عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر ولا يسوغ لابن عباس أن يروي هذا عن رسول الله ﷺ ويفني بخلافه

(فصل) وإن طلق اثنتين في طهر ثم تركها حتى انقضت عدتها فهو للسنة لأنه لم يجرهما على نفسه ولم يسد على نفسه المخرج من الندم ولسكنه ترك الاختيار لأنه فوت على نفسه طلاقاً جمعها الله له من غير فائدة تحصل بها، فكان مكروهاً كتضييع المال

(مسئلة) قال (وإذا قال لها أنت طالق للسنة وكانت حاملاً أو طاهراً لم يجامعها فيه فقد وقع الطلاق، وإن كانت حائضاً لم يجرها الطلاق إذا طهرت وإن كانت طاهرة مجامعة فيه فإذا طهرت من الحيضة المستقبلة لم يجرها الطلاق)

وجملة ذلك أنه إذا قال لامرأته أنت طالق للسنة فعنه في وقت السنة فإن كانت طاهراً غير مجامعة فيه فهو وقت السنة على ما أسلفناه وكذلك إن كانت حاملاً، قال ابن عبد البر لا خلاف بين العلماء أن الحامل طالقتها للسنة، وقال أحمد أذهب إلى حديث سالم عن أبيه ثم ليطلقها طاهراً أو حاملاً وأخرجه مسلم وغيره فأمره بالطلاق في الطهر أو في الحمل، فطلاق السنة ما وافق الأمر ولأن مطلق الحامل التي استبان حملها قد دخل على بصيرة فلا يخاف ظهور أمر يتجدد به الندم وإيسر مرتابة

إلا بالوعيد فإن المأني من العقوبة لا يندفع بفعل ما أكره عليه ولا ينجى من قوعه وإنما أيسر له فعل المكروه عليه دفعاً لما يتوعد به من العقوبة فيها بعد وهو في الموضين واحد لأنه متى توعد بالقتل وعلم أنه يقتله فلم يبح له فعل ما أفضى إلى قتله وأفضاؤه بيده إلى الهلكة ولا يفيد ثبوت الرخصة بالا كراه شيئاً لأنه إذا طلق في هذه الحال وقع طلاقاً فيحصل المكروه إلى مراده ويقع الضرر بالمكروه وثبوت الإكراه في حق من نيل بشيء من العذاب لا ينفي ثبوته في حق غيره.

وقد روي عن عمر في الذي تدلى يشتر عسلاً فوقفت امرأته على الحبل وقالت طلقني ثلاثاً والا قطعته، فذكرها الله والاسلام فقالت لتفعلن أو لا تفعلن، فطلقها ثلاثاً فردها إليه. رواه سعيد بإسناده وهذا كان وميداً.

(فصل) ومن شرط الإكراه ثلاثة أمور (أحدها) أن يكون قادراً بسلطان أو تغلب كالص ونحوه. وحي عن الشهي أن أكرهه الص لم يقع طلاق، وإن أكرهه السلطان وقع. وقال ابن عيينة لأن الص يقتله. وعموم ما ذكرناه في دليل الإكراه يتناول الجميع، والذين أكرهوا عماراً لم يكونوا أصوصاً وقد قال النبي ﷺ «ان عادوا فعد» لأنه إكراه ففنع وقوع الطلاق كإكراه الص

لعدم اشتباه الأمر عليها فاذا قل لها أنت طالق للسنة في هاتين الحالتين طلقت لأنها وصف الطلقة بصفها فوقعت في الحال ، وإن قال ذلك لحائض لم يقع في الحال لأن طلاقها بطلاق بدعة لكن إذا طهرت طلقت لأن الصفة وجدت حينئذ فصار كأنه قال أنت طالق في النهار فإن كانت في النهار طلقت وإن كانت في الليل طلقت إذا جاء النهار ، وإن كانت في طهر جامعها فيه لم يقع حتى تحيض ثم تطهر لأن الطهر الذي جامعها فيه والحيض بعده زمان بدعة فاذا طهرت من الحيضة المستقبلة طلقت حينئذ لأن الصفة وجدت ، وهذا كله مذهب الشافعي وأبي حنيفة ولا أعلم فيه مخالفاً ، فإن أوج في آخر الحيض واتصل بأول الطهر أو أوج مع أول الطهر لم يقع الطلاق في ذلك الطهر لكن متى جاء طهر لم يجمعها فيه طلقت في أوله وهذا كله مذهب الشافعي ولا أعلم فيه مخالفاً

(فصل) إذا انقطع الدم من الحيض فقد دخل زمان السنة ويقع عليها طلاق السنة وإن لم تغسل كذلك قال أحمد وهو ظاهر كلام الخرقي وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة إن طهرت لأكثر الحيض مثل ذلك وإن انقطع الدم لدون أكثره لم يقع حتى تغسل أو تقيم عند عدم الماء وتصلي أو يخرج عنها وقت صلاة لأنه متى لم يوجد فما حكنا باققطاع حيضها

ولما أنها طاهر فوقع بها طلاق السنة كالتي طهرت لأكثر الحيض ، والدليل على أنها طاهر أنها تؤمر بالغسل ويلزمها ذلك ويصح منها وتؤمر بالصلاة وتصح صلاتها ، ولأن في حديث ابن عمر فاذا طهرت طلقها إن شاء ، وما قاله غير صحيح فأننا لو لم نحكم بالطهر لما أمرناها بالغسل ولا صحح منها

(الثاني) أن يغلب على ظنه نزول الوعيد به إن لم يحبه إلى ما طلبه .

(الثالث) أن يكون فيما يستضر به ضرراً كبيراً كالقتل والضرب الشديد والحبس والقيود الطويلين ، فأما السب والشتم فليس باكره رواية واحدة وكذلك أخذ المال اليسير . فأما الضرب اليسير فإن كان في حق من لا يبالي به فليس باكره ، وإن كان في حق ذوي المروءات على وجه يكون إخراجاً لصاحبه وغضاً له وشهرة في حقه فهو كالضرب الكثير في حق غيره ، وإن تواعد بتعذيب ولده فقد قيل ليس باكره لأن الضرر لاحق بغيره والأولى أن يكون أكرهاً لأن ذلك أعظم عنده من أخذ ماله والوعيد بذلك أكره فكذلك هذا .

(فصل) فإن أكره على طلاق امرأة فطلق غيرها وقع لأنه غير مكره عليه وإن أكره على طلقة فطلق ثلاثاً وقع أيضاً لأنه لم يكره على الثلاث ، وإن طلق من أكره على طلاقها وغيرها وقع طلاق غيرها دونها وإن خلصت نيته في الطلاق دون دفع الأكره وقع لأنه قصد واختاره ويحتمل أن لا يقع لأن اللفظ مرفوع عنه فلا يتيقن إلا بمجرد النية فلا يقع بها طلاق ، وإن طلق ونوى بقلبه غير أمراته وتناول في يمينه فله تأويله ويقبل قوله في نيته لأن الأكره دليل على تأويله ، وإن لم يتناول وقصدها بالطلاق لم يقع لأنه معذور . وذكر أصحاب الشافعي وجهاً أنه يقع لأنه لا يكره على نيته

﴿مسئلة﴾ قال (ولو قال لها أنت طالق للبدعة وهي في طهر لم يصيبها فيه لم تطلق حتى يصيبها أو تحيض)

هذه المسئلة عكس تلك فانه وصف الطلقة بانها للبدعة فان قال ذلك لحائض أو طاهر مجامعة فيه وقع الطلاق في الحال لانه وصف الطلقة بصفتها وان كانت في طهر لم يصيبها فيه لم يقع في الحال فاذا حاضت طلقت بأول جزء من الحيض وان أصابها طلقت بالقاء الخناين فان نزع من غير توقف فلا شيء عليها وإن أوج بعد النزع فقد وطئ، مطلقته ويأتي بيان حكم ذلك وان أصابها واستدام ذلك فسنذكرها أيضا إن شاء الله تعالى فيما بعد

(فصل) فان قال لظاهر أنت طالق للبدعة في الحال فقد قيل إن الصفة تلغو ويقع الطلاق لانه وصفها بما لا تتصف به فالت الصفة دون الطلاق، ويحتمل أن تطاق في الحال ثلاثا لان ذلك طلاق بدعة فانصرف الوصف بالبدعة اليه لتعذر صفة البدعة من الجهة الاخرى، وان قال لحائض أنت طالق للسنة في الحال لغت الصفة ووقع الطلاق لانه وصف الطلقة بما لا تتصف به وان قال أنت طالق ثلاثا للسنة وثلاثا للبدعة طلقت ثلاثا في الحال بناء على ما سنذكره

(فصل) وان قال أنت طالق ثلاثا للسنة فالمقصود عن احمد أنها تطلق ثلاثا ان كانت طاهراً غير مجامعة فيه، وان كانت حائضا طلقت ثلاثا اذا طهرت وهذا مذهب الشافعي، قال القاضي وأبو الخطاب هذا على الرواية التي قال فيها إن جمع الثلاث يكون سنة فأما على الرواية الاخرى فاذا

ولنا أنه مكره عليه لعموم ما ذكرنا من الأدلة ولانه قد لا يحضره التأويل في تلك الحال فتفتور الرخصة

﴿مسئلة﴾ (ويقع الطلاق في النكاح المختلف فيه كالنكاح بلا ولي عند أصحابنا)

واختار أبو الخطاب أنه لا يقع حتى يعتقد صحته

ولنا أنه إزالة ملك بني على التغليب والسراية فجاز أن ينفذ في العقد الفاسد إذا لم يكن في نفوذه اسقاط حق الغير ولانه عقد يسقط الحد ويثبت النسب والعدة والمهر أشبه الصحيح، ووجه قول أبي الخطاب أنه ليس بعقد صحيح ولم يثبت به النكاح فلم يقع فيه الطلاق كالمعتق على بطلانه فان اعتقد صحته وقع فيه الطلاق كالمعتق على صحته.

﴿مسئلة﴾ (وإذا وكل في الطلاق من يصح توكيله صح طلاقه)

لانه ازالة ملك فصح التوكيل فيه كالمعتق ولا يصح التوكيل إلا للبالغ العاقل، فاما الطفل والمجنون فلا يصح توكيلهما فان فعل فطلق واحد منهم لم يقع طلاقه، وقال أصحاب الرأي يقع ولنا أنها ليسا من أهل التصرف فلا يصح تصرفهم كما لو وكاهم في العتق، وإن وكل كافراً أو عبداً صح لانها ممن يصح طلاقه لنفسه فصح توكيلهما فيه، وان وكل امرأة صح لانه يصح توكيلها

ظهرت طلقت واحدة ونطاق الثانية والثالثة في نكاحين آخرين أو بعد رجعتين وقد أنكر أحمد هذا فقال في رواية منها إذا قال لامرأته أنت طالق ثلاثاً للسنة قد اختلفوا فيه فمنهم من يقول يقع عليها الساعة واحدة فلو راجعها تقع عليها نطاقة أخرى وتكون عنده على أخرى وما يعجبني قولهم هذا فيحتمل أن أحمد أوقع الثلاث لأن ذلك عنده سنة ويحتمل أنه أوقعها لوصفه الثلاث بما لا تنصف به فألقى الصفة وأوقع الطلاق كما لو قال لحائض أنت طالق في الحال للسنة ، وقد قال في رواية أبي الحارث ما يدل على هذا قال يقع عليها الثلاث ولا معنى لقوله للسنة

وقال أبو حنيفة يقع في كل قرء طاعة وإن كانت من ذوات الأشهر وقع في كل شهر طاعة وبناءه على أصله في أن السنة تفريق الثلاث على الإطهار وقد بينا أن ذلك في حكم جمع الثلاث فإن قال أردت بقولي للسنة إيقاع واحدة في الحال واثنين في نكاحين آخرين قبل منه ، وإن قال أردت أن يقع في كل قرء طاعة قبل أيضاً لأنه مذهب طائفة من أهل العلم وقد ورد به الأثر فلا يبعد أن يريد ، وقال أصحابنا يرين . وهل يقبل في الحكم ؟ على وجهين

(أحدهما) لا يقبل لأن ذلك ليس بسنة (والثاني) يقبل لما قدمنا فإن كانت في زمن البدعة فقال سبق لسانني إلى قول السنة ولم أرد ، وإنما أردت الإيقاع في الحال وقع في الحال لأنه مالك لا يقاها فإذا اعترف بما يوقعها قبل منه

(فصل) إذا قال أنت طالق ثلاثاً ببعضهن للسنة وبعضهن للبدعة طلقت في الحال طلقتين وتأخرت الثالثة إلى الأخرى لأنه سوى بين الحالين فاقضى الظاهر أن يكونا سواء فيقع في الحال طلقة ونصف

في المتق فصح في الطلاق كالرجل فإن جمعه في يد صبي يعقل الطلاق انبنى ذلك على صحة طلاقه لزوجته وقد مضى ذلك ، وقد نص أحمد هنا على اعتبار وكالاته بطلاقه فقال إذا قال لصبي طلق امرأتى ثلاثاً فطلقها ثلاثاً لا يجوز عليها حتى يعقل الطلاق أرأيت لو كان لهذا الصبي امرأة فطلقها أكان يجوز طلاقه ؟ فاعتبر طلاقه بالوكالة بطلاقه لنفسه وهكذا لو جعل أمر الصغيرة والمجنونة بيدها لم تملك ذلك ، نص عليه أحمد في امرأة صغيرة قال لها أمرك بيدك فقالت اخترت نفسي ، ليس بشيء حتى يكون مثلها يعقل لأنه تصرف بحكم التوكيل وليست من أهل التصرف ، فظاهر كلام أحمد هذا أنها إذا عقلت الطلاق وقع طلاقها وإن لم تبلغ كما قررناه في الصبي ، وفيه رواية أخرى أن الصبي لا يصح طلاقه حتى يبلغ فكذلك يخرج في هذه لأنها مثله في المعنى

(مسألة) (وله أن يطلق متى شاء إلا أن يحل له حداً)

لأن اللفظ التوكيل يقتضي ذلك لكونه توكيلاً مطلقاً فأشبه التوكيل في البيع إلا أن يحل له حداً فيكون على ما أذن له لأن الأمر إلى الموكل في ذلك لكون الحق له والوكيل نائبه فتنسب له الوكالة على ما يقتضيه لفظ الموكل ، أن كان لفظه عاماً اقتضى العموم ، وإن كان خاصاً اقتضى ذلك

ثم يكمل النصف اكون الطلاق لا يتبع بعض فيقيم طلقتان ويحتمل أن نقيم طلقة وتؤخر اثنتان إلى الحال الأخرى لأن البعض يقع على مادون الكل ويتناول القليل من ذلك والكثير فيقع أقل ما يقع عليه الاسم لأنه اليقين وما زاد لا يقع بالشك فيتأخر إلى الحال الأخرى، فإن قيل فلم لا يقع من كل طلقة بعضها ثم تكمل فيقع الثلاث؟ قلنا متى أمكنت القسمة من غير تكسير وجب القسمة على الصحة، وإن قال نصفين لسنة ونصفين للبدعة وقع في الحال طلقتان وتأخرت الثالثة، وإن قال طلقتان لسنة وواحدة للبدعة أو طلقتان للبدعة وواحدة لسنة فهو على ما قال، وإن أطلق ثم قال نوبت ذلك فإن فسر نية بما يوقع في الحال طلقتين قبل لأنه مقتضى الإطلاق ولأنه غير متهم فيه، وإن فسرهما بما يوقع طلقة واحدة ويؤخر اثنتين دين فيما بينه وبين الله تعالى وهل يقبل في الحكم؟ فيه وجهان (أظهرهما) أنه يقبل لأن البعض حقيقة في القليل والكثير فما فسر كلامه به لا يخالف الحقيقة فيجب أن يقبل

(والثاني) لا يقبل لأنه فسر كلامه بأخف مما يلزمه حالة الإطلاق، ومذهب الشافعي على نحو هذا فإن قال أنت طالق ثلاثاً بعضها لسنة ولم يذكر شيئاً آخر احتمل أن تكون كالتي قبلها لأنه يلزم من ذلك أن يكون بعضها للبدعة فأشبهه ما لو صرح به ويحتمل أنه لا يقع في الحال إلا واحدة لأنه لم يسو بين الحالين والبعض لا يقتضي النصف فتقع الواحدة لأنها اليقين والزائد لا يقع بالشك وكذلك لو قال بعضها لسنة وباقيها للبدعة أو سائرهما للبدعة

(فصل) إذا قال أنت طالق إذا قدم زيد فقدم وهي حائض طلقت للبدعة ولم يأنم لأنه لم يقصده

﴿مسئلة﴾ (ولا يطابق أكثر من واحدة إلا أن يجعل ذلك إليه)

لأن الأمر المطلق يتناول ما يقع عليه الاسم إلا أن يجعل أكثر من واحدة بلفظه أو نيته، نص عليه لأنه نوى بكلامه ما يحتمله والقول قوله في نيته لأنه أعلم بها.

﴿مسئلة﴾ (فإن وكل اثنين صح وليس لاحدهما أن يطلق على الانفرد إلا أن يجعل ذلك إليه)

ولأنه إنما رضي بتصرفهما جميعاً وبهذا قال الحسن ومالك والثوري والشافعي وأبو عبيد وابن المنذر فإن أذن لاحدهما في الانفرد صح لأن الحق له

(فصل) فإن وكلهما في ثلاث فطلق أحدهما أكثر من الآخر مثل أن يطلق أحدهما واحدة

والآخر ثلاثاً فتقع واحدة وبهذا قال إسحاق، وقال الثوري لا يقع بشيء

ولنا أنهما طلقا جميعاً واحدة فأذنوا فيها فصح كما لو جعل اليها واحدة وإن طلق أحدهما اثنتين والآخر ثلاثاً وقع اثنتان لأنهما اجتمعا عليهما.

﴿مسئلة﴾ (وإن قال لامرأته طلقتي نفسك فلها ذلك كالكيل فإن نوى عدداً فهو على نوى

وإن طلق من غير نية لم يملك إلا واحدة)

وان قال أنت طالق اذا قدم زيد للسنة فقدم في زمان السنة طلقت وان قدم في زمان البدعة لم يقع حتى اذا صارت الى زمان السنة وقع وبصير كأنه قال حين قدم زيد أنت طالق للسنة لانه أوقع الطلاق بقدم زيد على صفة فلا يقع الا عليها وان قال لها أنت طالق للسنة اذا قدم زيد قبل ان يدخل بها طلقت عند قدمه حائضاً كانت أو طاهرراً لانها لا سنة لطلاقها ولا بدعة وان قدم بعد دخوله بها وهي في طهر لم يصحها فيه طلقت وان قدم في زمن البدعة لم تطلق حتى يحجي. زمن السنة لانها صارت من لطلاقها سنة وبدعة وان قال لامرأته أنت طالق اذا جاء رأس الشهر للسنة فمكأن رأس الشهر في زمان السنة وقع والا وقع اذا جاء زمان السنة

(مسئلة) قال (ولو قال لها وهي حائض ولم يدخل بها أنت طالق للسنة طلقت من وقتها لانه لا سنة فيه ولا بدعة)

قال ابن عبد البر أجمع العلماء ان طلاق السنة انما هو المدخول بها اما غير المدخول بها فليس لطلاقها سنة ولا بدعة الا في عدد الطلاق على اختلاف بينهم فيه وذلك لان الطلاق في حق المدخول بها اذا كانت من ذوات الاقراء انما كان له سنة وبدعة لان العدة تطول عليها بالطلاق في الحيض وتزول بالطلاق في الطهر الذي جامعها فيه ويتنفي عنها الامران بالطلاق في الطهر الذي لم يجامعها فيه أما غير المدخول بها فلا عدة عليها تنفي تطويلها أو الارتباب فيها وكذلك ذوات الاشهر كالصغيرة التي لم تحض والآيات من الحيض لا سنة لطلاقهن ولا بدعة لان العدة لا تطول بطلاقها في حال ولا تحمل فترتب وكذلك الحامل التي استبان حملها فهو لا. كهن ليس لطلاقهن سنة ولا بدعة من جهة

لان الامر المطلق يتناول أقل ما يقع عليه الاسم ، وكذلك الحكم لو وكل أجنبياً فقال طالق زوجتي فالحكم على ما ذكرناه .

قال أحمد لو قال لامرأته طلقي نفسك ونوى ثلاثاً فطلقت نفسها ثلاثاً فهي ثلاث وان كان نوى واحدة لان الطلاق يكون واحدة وثلاثاً فايها نواه فقد نوى بلفظ ما احتمله وان لم ينو تناول اليقين فان طلقت نفسها أو طلقها الوكيل في المجلس أو بعده وقع الطلاق لانه توكيل

وقال القاضي اذا قال لامرأته طلقي نفسك تعقيد بالمجلس لانه تفويض لطلاق اليها فتعقيد بالمجلس كقوله اختاري . ولنا أنه توكيل في الطلاق فيمكن على التراخي كتوكيل الاجنبي وكقوله أمرك بيدك وفارق اختاري فانه تحيير وينتقض . اذ كره بقوله أمرك بيدك فان قال طلقي ثلاثاً فطلقت واحدة وقع ، نص عليه ، وقال مالك لا يقع شيء لانها لم تمتثل أمره .

ولنا أنها ملكت ايقاع ثلاث فلا يكت ايقاع واحدة كالموكل ولانه لو قال وهبتك هؤلاء العبيد

الوقت في قول أصحابنا وهو مذهب الشافعي وكثير من أهل العلم فإذا قال لأحدى هؤلاء أنت طالق للسنة أو للبدعة وقعت الطلقة في الحال ولغت الصفة لأن طلاقها لا يتصف بذلك فصار كأنه قال أنت طالق ولم يزد وكذلك إن قال أنت طالق للسنة والبدعة أو قال أنت طالق لا للسنة ولا للبدعة طلقت في الحال لأنه وصف الطلقة بصفتهما ويحتمل كلام الخرقى أن يكون للحامل طلاق سنة لأنه طلاق أمر به بقوله عليه السلام «ثم ليطلقها طاهراً أو حاملاً» وهو أيضاً ظاهر كلام أحمد فإنه قال اذهب إلى حديث سالم عن أبيه يعني هذا الحديث ولانها في حال انتقلت إليها بعد زمن البدعة ويمكن أن تنتقل عنها إلى زمان البدعة فكان طلاقها طلاق سنة كالظاهر من الحيض من غير مجامعة ويتفرع من هذا أنه لو قال لها أنت طالق للبدعة لم تطلق في الحال فإذا وضعت الحمل طلقت لأن النفاس زمان بدعة كالحيض

(فصل) وإن قال لصغيرة أو غير مدخول بها أنت طالق للبدعة ثم قال أردت إذا حاضت الصغيرة أو أصيبت غير المدخول بها أو قال لها أنتما طالقتان للسنة وقال أردت طلاقها في زمن بصير طالقتها فيه للسنة دين فيما بينه وبين الله تعالى وهل يقبل في الحكم؟ فيه وجهان ذكرهما القاضي (أحدهما) لا يقبل وهو مذهب الشافعي لأنه خلاف الظاهر فأشبه ما لو قال أنت طالق ثم قال أردت إذا دخلت الدار (والثاني) يقبل وهو الأشبه بمذهب أحمد لأنه فسر كلامه بما يحتمله فقبل كما لو قال أنت طالق أنت طالق وقال أردت بالثانية أفهامها (فصل) وإذا قل لها في طهر جامعها فيه أنت طالق للسنة فيئست من المعيض لم تعلق لأنه وصف طلاقها بأنه للسنة في زمن يصلح له فإذا صارت آيسة فليس لطلاقها سنة فلم توجد الصفة فلا يقع

الثلاثة فقال قبلت واحداً منهم صح كذا ههنا، وإن قال طلقي واحدة فطلقت ثلاثاً وقعت واحدة نص عليه أيضاً وبه قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة لا يقع شيء لأنها لم تأت بما يصلح قبولاً فلم يصح كما لو قال بعثك نصف هذا العبد فقال قبلت البيع في جميعه ولما أنها أوقعت طلاقاً مأذوناً فيه وغيره فوقع المأذون فيه دون غيره كما لو قال طلقي نفسك فطلقت نفسها وضرأرها فإن قال طلقي فمالت أنا طالق أن قدم زيد لم يصح لأن إذنه انصرف إلى المنجز فلم يتناول المعاق على شرط وحكم توكيل الأجنبية في الطلاق كحكمها فيما ذكرناه كله

(فصل) نقل عنه أبو الحارث إذا قال طلقي نفسك طلاق السنة فطلقت قد طلقت نفسي ثلاثاً واحدة وهو أحق برجعتهما إنما كان كذلك لأن التوكيل باذنه يتناول أقل ما يقع عليه اللفظ وهو طلقة واحدة وسما وطلاق السنة في الصحيح واحدة في طهر لم يصحها

(مسئلة) (وإن قال أخناري من ثلاث ما شئت لم يكن لها أن تختار أكثر من اثنتين)

لأن لفظه يقتضي ذلك لأن من لا تبعيض فلم يكن لها استيعاب الجميع والله أعلم

وكذلك ان استبان حملها لم يقع أيضا الا على قول من جعل طلاق الحامل طلاق سنة فإنه ينبغي أن يقع لوجود الصفة كما لو حاضت ثم ظهرت

(فصل) إذا قال أنت طالق في كل قرء طلقة وهي من ذوات القرء وقع في كل قرء طلقة فان كانت في القرء وقعت بها واحدة في الحال ووقع بها طلقتان في قرأين آخرين في أولهما سواء فلذا القرء الحيض أو الاطهار وسواء كانت مدخولا بها أو غير مدخول بها الا ان غير المدخول بها تبين بالطلقة الاولى فان تزوجها وقع بها في القرء الثاني طلقة أخرى وكذلك الحكم في الثالثة وان كانت صغيرة وقلنا القرء الحيض لم يتعلق حتى تحيض فتطلق في كل حيضة طلقة وان قلنا القرء الاطهار احتمل ان تطلق في الحال واحدة ثم لا يتعلق حتى تحيض ثم تطهر فتطلق الثانية ثم الناشئة في الطهر الآخر ثم تطهر لان الطهر قبل الحيض كله قرء واحد ويحتمل ان لا يتعلق حتى تطهر بعد الحيض لان القرء هو الطهر بين الحيضتين وكذلك لو حاضت الصغيرة في عدتها لم تحسب بالطهر الذي قبل الحيض من عدتها في أحد الوجهين والحكم في الحامل كالحكم في الصغيرة لان زمن الحمل كله قرء واحد في أحد الوجهين اذا قلنا الاقراء الاطهار والوجه الآخر ليس بقرء على كل حال وان كانت آيسة فقال القاضي تطلق واحدة على كل حال لانه علق طلاقها بصفة تستحيل فيها فلغت ووقع بها الطلاق كما لو قال لها أنت طالق للبدعة واذا طلقت الحامل في حال حملها بانث بوضعه لان عدتها تنقضي به فلم يلحقها طلاق آخر فان استأنف نكاحها أو راجعها قبل وضع حملها ثم ظهرت من النفاس طلقت أخرى ثم اذا حاضت ثم ظهرت وقعت الثالثة

باب سنة الطلاق وبدعته

والسنة في الطلاق أن يطلقها في طهر لم يصبها فيه ثم يدعها حتى تنقضي عدتها يعني طلاق السنة الطلاق الذي وافق أمر الله سبحانه وتعالى وأمر رسوله ﷺ في قوله تعالى (يا أيها النبي اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن) وفي حديث عبدالله بن عمر الذي ذكرناه ولا خلاف في أنه اذا طلقها في طهر لم يصبها فيه واحدة ثم تركها حتى تنقضي عدتها أنه يصيب للسنة مطلق للعدة التي أمر الله بها قاله ابن عبدالبر وابن المنذر قال ابن مسعود طلاق السنة أن يطلقها من غير جماع، وقال في قوله تعالى (فطلقوهن لعدتهن) قال طاهراً من غير جماع ونحوه عن ابن عباس، وفي حديث ابن عمر الذي روينا «ليتركها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء أمسك وان شاء طاق قبل أن يمس فذلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء» وقوله ثم يدعها حتى تنقضي عدتها فمعناه أن لا يتبعها طلاقاً آخر قبل انقضاء عدتها، ولو طلقها ثلاثاً في ثلاثة اطهار كان حكم ذلك حكم جميع الثلاث في طهر واحد. قال احمد طلاق السنة واحدة ثم يتركها حتى تحيض ثلاث حيض وبذلك قال مالك والاوزاعي والشافعي وأبو عبيد، وقال أبو حنيفة والوزعي السنة أن يطلقها ثلاثاً في كل قرء طلقة وهو قول سائر

(فصل) فان قال أنت طالق لسنة إن كان الطلاق يقع عليك السنة وهي في زمن السنة طلقت بوجود الصفة وإن لم تكن في زمن السنة انحلت الصفة ولم يقع بحال لان الشرط ما وجد وكذلك إن قال أنت طالق للبدعة إن كان الطلاق يقع عليك للبدعة إن كانت في زمن البدعة وقع والا لم يقع بحال فان كانت ممن لا سنة لطلاقها ولا بدعة فذكر القاضي فيها احتمالين
(أحدهما) لا يقع في المستثنين لان الصفة ما وجدت فأشبهه ما لو قال أنت طالق إن كنت هاشمية ولم تكن هاشمية .

(والثاني) تطلق لانه شرط لوقوع الطلقة شرطا مستحيلا فلغني ووقع الطلاق كما لو قال أنت طالق لسنة والاول أشبهه ولشافعية وجهان كهذين

(فصل) فان قال أنت طالق أحسن الطلاق أو أجمله أو أعدله أو أكمله أو أتمه أو أفصله أو قال طلقة حسنة أو جميلة أو عدلة أو سنية كان ذلك كله عبارة عن طلاق السنة وبه قال الشافعي ، وقال محمد بن الحسن اذا قال أعدل الطلاق أو أحسنه ونحوه كقولنا ، وإن قال طلقة سنية أو عدلة وقع الطلاق في الحال لان الطلاق لا يتصف بالوقت والسنة والبدعة وقت فاذا وصفها بما لا يتصف به سقطت الصفة كما لو قال لغير المدخول بها أنت طالق طلقة رجعية أو قال لها أنت طالق لسنة أو البدعة ولما أن ذلك عبارة عن طلاق السنة ويصح وصف الطلاق بالسنة والحسن لكونه في ذلك الوقت موافقا لسنة مطابقا للشرع فهو كقوله أحسن الطلاق وفارق قوله طلقة رجعية لان الرجعة لا تكون الا في عدة ولا عدة لها فلا يحصل ذلك بقوله ، فان قل نويت بقولي أعدل الطلاق وقوعه في حال الحيض

الكوفيين واحتجوا بحديث ابن عمر حين قال له النبي ﷺ راجعها ثم أمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر قالوا وانما أمره بامساكها في هذا الطهر لانه لم يفصل بينها وبين الطلاق طهر كامل فاذا مضى ومضت الحيضة التي بعده أمره بطلاقها ، وقوله في حديثه الآخر والسنة أن تستقبل الطهر فتطلق لكل قرء ، وروى النسائي بإسناده عن عبد الله قال : طلاق السنة أن يطلقها تطليقة وهي طاهر في غير جماع فاذا حاضت وطهرت طلقها أخرى فاذا حاضت وطهرت طلقها أخرى ثم تعتد بعد ذلك

ولما مروى عن علي رضي الله عنه أنه قال : لا يطلق أحد لسنة فيندم رواه الاثرم وهذا لا يحصل الا في حق من لم يطلق ثلاثا ، وقال ابن سيرين ان عليا كرم الله وجهه قال لو أن الناس أخذوا بما أمر الله من الطلاق ما يتبع رجل نفسه امرأة أبدا يطلقها تطليقة ثم يدعها ما بينها وبين أن تحيض ثلاثا فتى شاء راجعها رواه البخاري بإسناده ، وروى ابن عبد البر عن ابن مسعود أنه قال : طلاق السنة أن يطلقها وهي طاهر ثم يدعها حتى تنقضي عدتها أو يراجعها إن شاء . فأما حديث ابن عمر الاول فلا حجة لهم فيه لانه ليس فيه جمع الثلاث ، وأما حديثه الآخر فيحتمل أن يكون ذلك بعد ارتجاعها ومتى ارتجع بعد الطلقة ثم طلقها كان لسنة على كل حال ، حتى قال أبو حنيفة لو أمسكها بيده لشهوة ثم والى

لأنه أشبه بأخلاقها القبيحة ولم أرد الوقت وكانت في الحيض وقع الطلاق لأنه اقرار على نفسه بما فيه تغليظ ، وإن كانت في حال السنة دين فيما بينه وبين الله تعالى وهل يقبل في الحكم؟ على وجهين كما تقدم (فصل) فإن عكس فقال أنت طالق أفصح الطلاق وأسمجه أو أخشه أو أنته أو أرداه هل على طلاق البدعة فإن كانت في وقت البدعة والا وقف على محبي زمان البدعة ، وحكي عن أبي بكر أنه يقع ثلاثا إن قلنا أن جمع الثلاث بدعة وينبغي أن تقع الثلاث في وقت البدعة ليكون جامعا لبدعتي الطلاق فيكون أفصح الطلاق ، وإن نوى بذلك غير طلاق البدعة نحو أن يقول إنما أردت أن طلاقك أفصح الطلاق لا لك لاستحقاقه لحسن عشرتك وجميل طريقتك وقع في الحال ، وإن قال أردت بذلك طلاق السنة لمتأخر الطلاق عن نفسه إلى زمن السنة لم يقبل لأن لفظه لا يحتمله ، وإن قال أنت طالق طلبة حسنة قبيحة فاحشة جميلة تأمه ناقصة وقع في الحال لأنه وصفها بصفتين متضادتين فانبأ وبقي مجرد الطلاق فإن قال أردت أنها حسنة لكونها في زمان السنة وقبيحة لاضرارها بك ، أو قال أردت أنها حسنة لتخليصي من شرك وسوء خلقتك وقبيحة لكونها في زمان البدعة وكان ذلك يؤخر وقوع الطلاق عنه دين وهل يقبل في الحكم؟ يخرج على وجهين

(فصل) فإن قال أنت طالق طلاق الحرج فقال القاضي معناه طلاق البدعة لأن الحرج الضيق والأثم فكأنه قال طلاق الأثم وطلاق البدعة طلاق أثم ، وحكى ابن المنذر عن علي رضي الله عنه أنه يقع ثلاثا لأن الحرج الضيق والذي يضيق عليه ويمنع الرجوع اليها ويمنعها الرجوع إليه هو الثلاث وهو مع ذلك طلاق بدعة وفيه أثم فيجتمع عليه الأمران الضيق والأثم ، وإن قال طلاق الحرج والسنة كان كقوله طلاق البدعة والسنة

بين الثلاث كان مصيباً للسنة لأنه يكون مرتجماً والمعنى فيه أنه إذا ارتجماً سقط حكم الطلقة الأولى فصارت كأنها لم توجد ولا تغني به عن الطلقة الأخرى إذا احتاج إلى فراق امرأته بخلاف ما إذا لم يرتجماً فإنه مستغن عنها لأفضائها إلى مقصوده من إباتها فافتراقاً ولأن ما ذكره أرداف طلاق من غير ارتجاع فلم يكن للسنة كجمع الثلاث (مسئلة) (وإن طلق المدخول بها في حيضها أو في طهر أصابها فيه فهو طلاق بدعة محرم ويقع طلاقه في قول عامة أهل العلم)

قال ابن المنذر وابن عبد البر لم يخالف في ذلك إلا أهل البدع والضلال ، وحكاه أبو نصر عن ابن عليه وهشام بن الحكم والشيعية قالوا لا يقع طلاقه لأن الله تعالى أمر به في قبل العدة فإذا طلق في غيره لم يقع كالوكيل إذا أوقعه في زمن أمره موكله بإيقاعه في غيره ولنا حديث ابن عمر أنه طلق امرأته وهي حائض فأمره النبي ﷺ بوجعها وفي رواية الدارقطني قال : قلت يا رسول الله أفرأيت لو أني طلقها ثلاثاً أكان يحل لي أن أراجعها ؟ قال « لا كانت تبين منك وتكون معصية » وقال نافع وكان عبد الله طلقها تطلقه فحسبت من طلاقه وراجعها كما أمره

(مسئلة) قال (وطلاق الزائل العقل بلاسكر لايقع)

أجمع أهل العلم على أن الزائل العقل بغير سكر أو ماني معناه لايقع طلاقه كذلك قال عثمان وعلي وسعيد بن المسيب والحسن والنخعي والشعبي وأبو قلابة وقتادة والزهري ويحيى الأنصاري ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وأجمعوا على أن الرجل إذا طلق في حال نومه لاطلاق له ، وقد ثبت أن النبي ﷺ قال « رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبي حتى يحتلم ، وعن المجنون حتى يفيق »

وروي عن أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال « كل الطلاق جائز الا طلاق المعتوه المغلوب على عقله » رواه النجاء وقال الترمذي لا يعرفه الا من حديث عطاء بن عجلان وهو ذاهب الحديث ، وروي بإسناده عن علي مثل ذلك ولأنه قول يزيد المالك فاعتبر له العقل كالبيع وسواء زال عقله لمجنون أو اغما أو نوم أو شرب دواء أو إكراه على شرب خمر أو شرب ما يزيد عقله شربه ولا يعلم أنه يزيد للعقل فكل هذا يمنع وقوع الطلاق رواية واحدة ولا أعلم فيه خلافاً ، فأما أن شرب البنيج ونحوه مما يزيد عقله علماً به متلاعباً فخكه حكم السكران في طلاقه وبهذا قال أصحاب الشافعي وقال أصحاب أبي حنيفة لايقع طلاقه لأنه لايلتذ بشربها ولنا أنه زال عقله بمصيبة فأشبهه السكران

(فصل) قال أحمد في المغني عليه إذا طلق فلما أفاق علم أنه كان مغمى عليه وهو ذاكر لذلك فقال إذا كان ذاكرًا لذلك فليس هو مغمى عليه يجوز طلاقه ، وقال في رواية أبي طالب في المجنون

رسول الله ﷺ ومن رواية يونس بن جبير عن ابن عمر قال قلت لابن عمر أتعتد عليه أو تحتسب عليه؟ قال نعم أرأيت إن عجز واستحتم وكلمها أحاديث صحاح ولأنه طلاق من مكلف في محل الطلاق فوق كطلاق الحامل ولأنه ليس بقربة فيعتبر لوقوعه موافقة السنة بل هو إزالة عصمة وقطع ملك فايقاعه في زمن البدعة أولى تغليظاً عليه وعقوبة له أما غير الزوج فلا يملك الطلاق والزوج يملك بملك محله (مسئلة) (تستحب رجعتها عنه أنها واجبة)

إنما استحبت مراجعتها لأمر النبي ﷺ بمراجعته وأقل أحوال الأمر الاستحباب ولأنه بالرجعة يزيد المعنى الذي حرم الطلاق ولا يجب في ظاهر المذهب وهو قول الثوري والأوزاعي وابن أبي ليلى والشافعي وأصحاب الرأي وحكى ابن أبي موسى عن أحمد أن الرجعة تجب واختارها وهو قول مالك وداود لأن ظاهر الأمر الوجوب ولأن الرجعة تجري مجرى استيفاء النكاح واستيفاءه ههنا واجب بدليل تحريم الطلاق لأن الرجعة إمساك للزوجة بدليل قوله تعالى (فأمسكوهن بمعروف) فوجب ذلك كأمساكها قبل الطلاق ، وقال مالك وداود يجبر على رجعتها . قال أصحاب مالك يجبر على رجعتها

يطلق فليل له بعد ما أفاق انك طلفت امرأتك فقال انا اذكر اني طلفت ولم يكن عقلي معي فقال اذا كان يذكر انه طلق فقد طلفت فلم يجعله مجنوناً اذا كان يذكر الطلاق ويعلم به وهذا والله أعلم فيمن جنونه بذهاب معرفته بالكلية وطلان حواسه ، فأما من كان جنونه لنشاف او كان مبرماً فانه يستقط حكم تصرفه مع ان معرفته غير ذاهبة بالكلية فلا يضره ذكره للطلاق ان شاء الله تعالى

﴿ مسألة ﴾ قال (وعن أبي عبد الله رحمه الله في السكران روايات : رواية يقع الطلاق ورواية لا يقع ، ورواية يتوقف عن الجواب ويقول قد اختلف فيه أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم)

أما التوقف عن الجواب فليس بقول في المسئلة انا هو ترك للقول فيها وتوقف عنها لتعارض الأدلة فيها واشكال دليها ويبقى في المسئلة روايتان

(احدهما) يقع طلاقه اختارها ابو بكر الخلال والفانخي وهو مذهب سعيد بن المسيب وعطاء ومجاهد والحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي وميمون بن مهران والحكم ومالك والثوري والاوزاعي والشافعي في أحد قوليهم وابن شبرمة رأبي حنيفة وصاحبيه وسليمان بن حرب لقول النبي ﷺ « كل الطلاق جائز الا طلاق المعتوه » ، ومثل هذا عن علي ومعاوية وابن عباس قال ^(١) ابن عباس طلاق السكران جائز ان ركب معصية من معاصي الله نفعه ذلك ولان الصحابة جملوه كالصاحي في الحد بالقتل بدليل ما روى ابو وبرة السكبي قال أرسلني خالد إلى عمر فأنته في المسجد ومع عثمان وعلي وعبد الرحمن وطاحه والزبير

ما دامت في العدة الا أشهب قال ما لم تطهر ثم تحيض ثم تطهر لانه لا يجب عليه امساكها في تلك الحال فلا يجب عليه رجعتها فيه .

ولنا أنه طلاق لا يرتفع بالرجعة فلا تجب عليه الرجعة فيه كالطلاق في طهر أصابها فيه فانهم أجمعوا على أن الرجعة لا تجب حكاه ابن عبد البر عن جميع العلماء وما ذكروه من المعنى ينتقض بهذه الصورة والامر بالرجعة محمول على الاستحباب لما ذكرنا

(فصل) فاذا راجعها وجب امساكها حتى تطهر ويستحب أن يمسكها حتى تحيض حيضة أخرى

ثم تطهر على ما أمر به النبي ﷺ في حديث ابن عمر الذي روينا ، قال ابن عبد البر ذلك من وجوه عند أهل العلم منها أن الرجعة لا تكاد تعلم صحتها الا بالوطء لانه المعنى من النكاح ولا يحصل الوطء إلا في الطهر فاذا وطئها حرم طلاقها فيه حتى تحيض ثم تطهر فاعتبرنا مظنة الوطء ومحله لا حقيقته ومنها أن الطلاق كره في الحيض لتطويل العدة فلو طلقها عقيب الرجعة من غير وطء كانت في معنى المطلقة قبل الدخول وكانت تبني على عدتها فأراد رسول الله ﷺ قطع حكم الطلاق بالوطء واعتبر الطهر الذي هو موضع الوطء فاذا وطئ حرم طلاقها حتى تحيض ثم تطهر وقد جاء في حديث عن ابن عمر

(١) بل ذكر البخاري في صحيحه قال ابن عباس طلاق السكران والمستكره ليس بجائز هكذا بصيغة الجزم وما كان فيه بصيغة الجزم حكمه حكم مسنده في الصحة

فقلت ان خالداً يقول ان الناس انهمكوا في الخمر وتحاقروا العقوبة ، فقال عمر هؤلاء عندك فساهم فقال علي نراه اذا سكر هذى واذا هذى افتري وعلى المفتري ثمانون ، فقال عمر ابلاغ صاحبك ما قال فجعلوه كالصاحي ولانه ايقاع لطلاق من مكلف غير مكره صادم لكه فوجب أن يقع كطلاق الصاحي ويدل على تكليفه أنه يقتل بالقتل ويقطع بالسرقه وبهذا فارق المجنون

(والرواية الثانية) لا يقع طلاقه اختارها ابو بكر عبدالعزيز وهو قول عثمان رضي الله عنه ومذهب عمر بن عبدالعزيز والقاسم وطائفة وربيعة وبجي الانصاري والليث والنعبري وإسحاق وأبي ثور والمزني . قال ابن المنذر هذا ثابت عن عثمان ولا نعلم أحداً من الصحابة خالفه ، وقال احمد حديث عثمان أرفع شيء فيه وهو أصح يعني من حديث علي وحديث الاعمش منصور لا يرفعه إلى علي ولانه زائل العقل أشبه المجنون ، والنائم ولانه مفقود الارادة أشبه المسكره ولان العقل شرط للتكليف إذ هو عبارة عن الخطاب بأمر أو نهى ولا يتوجه ذلك إلى من لا يفهمه ، ولا فرق بين زوال الشرط بمصيبة أو غيرها بدليل أن من كسر ساقه جازله أن يصلي قاعداً ، ولو ضربت المرأة بطنها فنفسست سقطت عنها الصلاة ، ولو ضرب رأسه فجنى سقط التكليف . وحديث أبي هريرة لا يثبت . وأما قتله وسرقته فهو كسائرنا

(فصل) والحكم في غنى ونذره وبيعته وشرائه وردته وإقراره وقتله وقذفه وسرقته كالحكم في طلاقه لان المعنى في الجميع واحد ، وقد روي عن أحمد في بيعته وشرائه الروايات الثلاث وسأله ابن منصور إذا طلق السكران أو سرق أو زنى أو افتري أو اشترى أو باع فقال أجبن عنه لا يصح

أن رسول الله ﷺ قال « مره أن يراجعها فإذا طهرت مسها حتى إذا طهرت أخرى فإن شاء طلقها وإن شاء أمسكها » رواه ابن عبد البر ، ومنها أنه عوقب على ايقاعه في الوقت المحرم بمنعه منه في الوقت الذي يباح له وذكر غير هذا فان طلقها في الطهر الذي يلي الحيضة قبل أن يمسه فهو طلاق سنة وقال أصحاب مالك لا يطلقها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر على ما جاء في الحديث

ولنا قوله تعالى (فطالقوهن لعدتهن) وهذا مطلق للعدة فيدخل وقد روى يونس بن جبير وسعيد بن جبير وابن سيرين وزيد بن أسلم وأبو الزبير عن ابن عمر أن النبي ﷺ أمره أن يراجعها حتى تطهر ثم ان شاء طلق وان شاء أمسك ولم يذكروا تلك الزيادة وهو حديث صحيح متفق عليه ولانه طهر لم يمسه فيه فأشبهه الطهر الثاني وحديثهم محمول على الاستحباب

﴿مسئلة﴾ وان طلقها ثلاثاً في طهر لم يصح فيه كره وفي تحريره روايتان

اختلفت الرواية عن أحمد في جمع الثلاث فروي عنه أنه غير محرم اختارها الحرثي وهو مذهب الشافعي وأبي ثور وداود وروي ذلك عن الحسن بن علي وعبد الرحمن بن عوف والشعبي لان عويمر العجلاني لما لعن امرأته قال كذبت عليها يا رسول الله ان أمسكتها فطلقها ثلاثاً قبل أن يأمره

من أمر السكران شيء ، وقال ابو عبد الله بن حامد حكم السكران حكم الصاحي فيما له وفيما عليه فاما فيما له وعليه كالبيع والنكاح والمعاوضات فهو كالمجنون لا يصح له شيء ، وقد أومأ إليه أحمد ، والاولى أن ماله أيضا لا يصح منه لان تصحيح تصرفاته فيما عليه مؤاخذة له وليس من المؤاخذة تصحيح تصرف له (فصل) وحد السكر الذي يقع الخلاف في صاحبه هو الذي يجعله يخط في كلامه ، ولا يعرف رداه من رداء غيره ، ونعله من نعل غيره ونحو ذلك لان الله تعالى قال (يا أيها الذين آمنوا لا تقر بوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون) فجعل علامة زوال السكر علمه ما يقول ، وروى عن عمر رضي الله عنه أنه قال : استقرئوه القرآن أو اتوا رداه في الأردية فان قرأ أم القرآن أو عرف رداه وإلا فأقم عليه الحد ، ولا يعتبر أن لا يعرف السماء من الارض ولا الذكر من الانثى لان ذلك لا يخفى على المجنون فعليه أولى

(مسألة) قال (واذا عقل الصبي الطلاق فطلق لزمه)

وأما الصبي الذي لا يعقل فلا خلاف في أنه لا طلاق له ، وأما الذي بعثل الطلاق ، يعلم أن زوجته تبين به وتحرم عليه فأكثر الروايات عن أحمد أن طلاقه يقع اختارها ابو بكر والحرقى وابن حامد وروى نحو ذلك عن سعيد بن المسيب وعطاء والحسن والشعبي وإسحاق ، وروى ابرطال عن أحمد لا يجوز طلاقه حتى يحلم وهو قول النخعي والزهري ومالك وحماد والثوري وأبي عبيد ، وذكر ابو عبيد أنه قول أهل العراق وأهل الحجاز ، وروى نحو ذلك عن ابن عباس لتول النبي ﷺ « رفع القلم عن الصبي حتى يحلم » ولأنه غير مكلف فلم يقع طلاقه كالمجنون ، ووجه الاولى قوله عليه السلام : « الطلاق

رسول الله ﷺ متفق عليه ولم ينقل انكار النبي ﷺ عليه وعن عائشة أن امرأة جاءت الى رسول الله ﷺ فقالت يا رسول الله ان رفاعة طلقني فبت طلاق متفق عليه وفي حديث فاطمة بنت قيس ان زوجها أرسل اليها ولأنه طلاق جاز تفريقه فجاز جمعه كطلاق النساء (والرواية الثانية) ان جمع اثلاث محرم وهو طلاق بدعة اختارها ابو بكر وابو حفص روى ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وابن عمر وهو قول مالك وابي حنيفة قال علي لا يطلق احد للسنة فيندم وفي رواية قال يطلقها واحدة ثم يدعها ما بينها وبين ان تحيض ثلاث حيض فتى شاء راجعها ، وعن عمر انه كان اذا اتى برجل طلق ثلاثاً أو جمعه ضرباً ، وعن مالك بن الحارث قال جاء رجل الى ابن عباس فقال ان ابن عمي طلق امرأته ثلاثاً فقال ان ابن عمك عصى الله واطاع الشيطان فلم يجعل الله له مخرجاً . ووجه ذلك قول الله تعالى (يا أيها النبي اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن) الى قوله (لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً) ثم قال بعد ذلك (ومن يتق الله يجعل له مخرجاً — ومن يتق الله يجعل له من أمره يسراً) وروى النسائي بإسناده عن محمود بن لبيد قال أخبر رسول الله ﷺ عن رجل طلق امرأته (المغني والشرح الكبير) (٣٣) (الجزء الثامن)

لمن أخذ بالساق « وقوله » كل طلاق جائز الاطلاق المعتوه المغلوب على عقله « وروى عن علي رضي الله عنه أنه قال : اكنتموا الصبيان النكاح فيمنهم منه أن فائدته أن لا يظنوا ولا أنه طلاق من عاقل صادق محل الطلاق فوقع كطلاق البالغ

(فصل) وأكثر الروايات عن أحمد تحديد من يقع طلاقه من الصبيان بكونه يعقل وهو اختيار القاضي وروى عن أحمد أبو الحارث إذا عقل الطلاق جاز طلاقه ما بين عشر إلى اثنتي عشرة وهذا يدل على أنه لا يقع لدون العشر وهو اختيار أبي بكر لأن العشر حد للضرب على الصلاة والصيام وصحة الوصية فكذلك هذا وعن سعيد بن المسيب إذا أحصى الصلاة وصام رمضان جاز طلاقه ، وقال عطاء إذا بلغ أن يصيب النساء ، وعن الحسن إذا عقل وحفظ الصلاة وصام رمضان ، وقال اسحاق إذا جاوز اثنتي عشرة .

(فصل) ومن أجاز طلاق الصبي اقتضى مذهبه أن يجوز توكيله فيه وتوكله لغيره وقد أومأ إليه أحمد فقال في رجل قال لصبي طلق امرأتي فقال قد طانك ثلاثا لا يجوز عليها حتى يعقل الطلاق فتقبل له فإن كانت له زوجة صبية فتلت صير أمري الي ، فقال لها أمرك بيدك فقالت قد اخترت نفسي فقال أحمد ليس بشيء حتى يكون مثلاً يعقل الطلاق ، وقال أبو بكر لا يصح أن يوكل حتى يبلغ وحكماً عن أحمد .

ولنا أن من صح تصرفه في شيء مما تجوز الوكالة فيه بنفسه صح توكيله ووكلته فيه كالبالغ وما روى عن أحمد من منع ذلك فهو على الرواية التي لا تجوز طلاقه إن شاء الله تعالى

ثلاث تطليقات جميعاً فغضب ثم قال « يا لعاب بكتاب الله عز وجل وأنا بين أظهركم ؟ » حتى قام رجل فقال يارسول الله ألا أقتله وفي حديث ابن عمر قال قلت يارسول الله لو طلقها ثلاثاً قال « إذا عصيت ربك وبانت منك امرأتك » وروى الدارقطني بإسناده عن علي قال سمع النبي ﷺ يقول « لا يملك رجل أن يطلق البتة فغضب وقال « يتخذون آيات الله هزواً ولعباً من طلق البتة الزمناه ثلاثاً لا تحل له حتى تمكح زوجها غيره » ولأنه تحريم للبضع بقول الزوج من غير حاجة فحرم كالظهار بل هذا أولى لأن الظهار يرفع تحريمه بالكفيرة وهذا لا سبيل للزوج إلى دفعه بحال ولأنه ضرر وإضرار بنفسه وبامرأته من غير حاجة فيدخل في عموم النهي وربما كان وسيلة إلى عودها إليها حراماً أو بحيلة لا تزيل التحريم ، ووقوع الندم خسارة الدنيا والآخرة فكان أولى بالتحريم من الطلاق في الحيض الذي ضرره بقاءها في العدة أياما يسيرة والطلاق في طهر مسها فيه الذي ضرره احتمال الندم بظهور الحمل فإن ضرر جمع الثلاث يتضاعف على ذلك أضعافاً كثيرة فالتحريم ثم تنبيه على التحريم ههنا ولأنه قول من سمينا من الصحابة رواه الأثرم وغيره ولم يصح عندنا في عصرهم خلاف قولهم فيكون ذلك اجماعاً ، فأما حديث المتلاعنين فغير لازم فإن الفرقة لم تقع بالطلاق فإنها وقعت بمجرد لعانها وعند الشافعي بمجرد لعان الزوج فلا حجة فيه ثم إن العان يوجب تحريماً مؤبداً فالطلاق بعده

(فصل) فأما السفينة فيقع طلاقه في قول أكثر أهل العلم منهم القاسم بن محمد ومالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه ومنع منه عطاء ، والاولى صحته لانه مكلف مالك للحل الطلاق فوق طلاقه كالرشيد والحجر عليه في ماله لا يمنع تصرفه في غير ما هو محجور عليه فيه كالمسلس

(مسألة) قال (ومن أكره على الطلاق لم يلزمه)

لا تختلف الرواية عن أحمد أن طلاق المكره لا يقع وروي ذلك عن عمر وعلي وابن عمر وابن عباس وابن الزبير وجابر بن سمرة وبه قال عبد الله بن عبيد بن عمير وعكرمة والحسن وجابر بن زيد وشريح وعطاء وطاوس وعمر بن عبد العزيز وابن عوز وأيوب السختياني ومالك والاوزاعي والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأبو عبيد ، وأجازة أبو قلابة والشعبي والنخعي والزهري والثوري وأبو حنيفة وصحابه لانه طلاق من مكلف في محل يملكه فينفذ كطلاق غير المكره

ولنا قول النبي ﷺ « أن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ، رواه ابن ماجه وعن عائشة رضي الله عنها قالت : سمعت رسول الله ﷺ يقول « لا طلاق في إغلاق » رواه أبو داود والاثرم ، قال أبو عبيد والفتيسي معناه في أكره وقال أبو بكر سألت ابن دريد وأبا طاهر النحويين فقالا يريد الا أكره لانه إذا أكره انطلق عليه رأيه ، ويدخل في هذا المعنى المبرسم والمجنون ولانه قول من سمينا من الصحابة ولا يخاف لهم في عصرهم فيكون إجماعا ولانه قول حمل عليه بغير

كالطلاق بعد انفساخ النكاح بالرضاع أو غيره ولان جمع الثلاث إنما حرم لما يعقبه من التدم ويحصل به من الضرر ويفوت عليه من حل نكاحها ولا يحصل ذلك بالطلاق بعد اللعان لحصوله باللعان ، وسائر الاحاديث ليس فيها جمع الثلاث بين يدي النبي ﷺ فيكون مقراً عليه ولا حضر المطلق عند النبي ﷺ حين أخبر بذلك لينكر عليه ، على أن حديث فاطمة قد جاء فيه أنه أرسل إليها بتطليقة كانت بقيت لها من طلاقها وحديث امرأة رفاعه جاء فيه أن طلاقها آخر ثلاث تطليقات متفق عليه فلم يكن في شيء من ذلك جمع الثلاث ، ولا خلاف بين الجميع في أن الاختيار والاولى أن يطلق واحدة ثم يدعها حتى تنقضي عدتها إلا ما حكينا من قول من قال أنه يطلقها في كل قرء طلقة والاول أولى فان في ذلك امثالاً لأمر الله سبحانه وموافقة لقول السلف وأما من التدم فانه متى ندم راجعها فان قات ذلك بانقضاء عدتها له نكاحها قال محمد بن سيرين إن علياً كرم الله وجهه قال لو أن أناس أخذوا بما أمر الله من الطلاق ما يتبع رجل نفسه امرأة أبداً يطلقها تطليقة ثم يدعها حتى ما ينهها وبين أن تحيض ثلاثاً فتي شاء راجعها رواه النجاد بإسناده وقال عبد الله من أراد أن يطلق الطلاق الذي هو الطلاق فليمهل حتى إذا حاضت ثم طهرت طلقها تطليقة في غير جماع ثم يدعها حتى تنقضي عدتها ولا يطلقها ثلاثاً وهي حامل فيجمع الله عليه نفقها وأجر رضاعها ويندمه فلا يستطيع إليها سبيلاً

حق فلم يثبت له حكم ككامة الكفر إذا أكره عليها

(فصل) وإن كان الاكراه بحق نحو إكراه الحاكم المولي على الطلاق بعد التبرص إذا لم يفيء وإكراهه الرجلين الذين زوجها وإيان ولا يعلم السابق منها على الطلاق وقم الطلاق لأنه قول حمل عليه بحق فصيح كإسلام المرتد إذا أكره عليه ولأنه إنما جاز إكراهه على الطلاق ليقع طلاقه فلو لم يقع لم يحصل المقصود .

مسئلة قال (ولا يكون مكرهاً حتى ينال بشيء من العذاب مثل الضرب أو الخنق أو عصر الساق وما أشبهه ولا يكون التواعد كرهاً)

أما إذا نيل بشيء من العذاب بالضرب والخنق والعصر والحبس والفظ في الماء مع الوعيد فإنه يكون إكراهاً بلا اشكال لما روي أن المشركين أخذوا عماراً فأرادوه على الشرك فأعطاهم فأتته اليه النبي ﷺ وهو يبكي فجعل يمسح الدموع عن عينيه ويقول « أخذك المشركون ففطوك في الماء وأمروك أن تشرك بالله ففعلت فإن أخذوك مرة أخرى فافعل ذلك بهم » رواه أبو حفص بإسناده ، وقال عمر رضي الله عنه ليس الرجل أميناً على نفسه إذا أجسته أو ضربته أو وثقته وهذا يتضي وجود فعل يكون به إكراهاً ، فأما الوعيد بمفرده فعن أحمد فيه روايتان (أحدهما) ليس بإكراه لأن الذي ورد الشرع بالرخصة معه هو ما ورد في حديث عمار ، وفيه إنهم أخذوك ففطوك في الماء ، فلا يثبت الحكم إلا فيما كان منه

(فصل) فإن طلق ثلاثاً بكلمة واحدة وقم الثلاث وحرمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره ولا فرق بين قبل الدخول وبعده روي ذلك عن ابن عباس وأبي هريرة وابن عمر وعبد الله بن عمرو وابن مسعود وأنس وهو قول أكثر أهل العلم من التابعين والأئمة بعدهم وكان عطاء وطاوس وسعيد بن جبير وأبو الشعثاء وعمر بن دينار يقولون من طلق البكر ثلاثاً فهي واحدة ، وروى طاوس عن ابن عباس قال كان الطلاق على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وستين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة رواه أبو داود وروى سعيد بن جبير وعمر بن دينار ومجاهد ومالك بن الحارث عن ابن عباس خلاف رواية طاوس أخرجه أيضاً أبو داود وأفتى ابن عباس بخلاف ما روى عنه طاوس وقد ذكرنا حديث ابن عمر رأيت لو طلقها ثلاثاً ، وروى الدارقطني بإسناده عن عبادة بن الصامت قال طلق بعض ابائي امرأته الفأ فانطلق بنوه إلى رسول الله ﷺ فقالوا يا رسول الله إن أبانا طلق أمنا الفأ فهل له مخرج ؟ فقال « إن أباكم لم يبق الله فيجعل له من أمره مخرجاً بانته ثلاث على غير السنة وتسعمائة وسبعة وتسعون أم في عنقه » ولأن النكاح ملك يصح لإزالته متفرقاً فصيحاً مجتمعاً كسائر الاملاك ، فأما حديث ابن عباس فقد صححت الرواية عنه بخلافه وأفتى بخلافه قال الاثرم سألت أبا عبد الله عن حديث ابن عباس بأي شيء

(والرواية الثانية) أن الوعيد بمفرده اكره . قال في رواية ابن منصور حد الاكراه اذا خاف القتل أو ضرباً شديداً وهذا قول أكثر الفقهاء وبه يقول أبو حنيفة والشافعي لأن الاكراه لا يكون الا بالوعيد فان الماضي من العقوبة لا يندفع بفعل ما أكره عليه ولا يخشى من وقوعه وإنما أيجز له فعل المكره عليه دفعاً لما يتوعد به من العقوبة فيما بعد وهو في الموضعين واحد ، ولأنه متى توعد بالقتل وعلم أنه يقتله فلم ييسح له الفعل افضى الى قتله والقائه بيده الى التهلكة ولا يفيد ثبوت الرخصة بالاكراه شيئاً لانه اذا طلق في هذه الحال وقع طلاقه فيصير المكره الى مراده ويقع الضرر بالمكره وثبوت الاكراه في حق من نيل بشيء من العذاب لا ينبغي ثبوته في حق غيره ، وقد روي عن عمر رضي الله عنه في الذي تدلى يشتر عسلاً فوقفت امرأته على الحبل وقالت طلقني ثلاثاً والا قطعته فذكرها الله والاسلام فقالت اتفعلن أو لأفعلن فطلقها ثلاثاً فردده اليها رواه سعيد بإسناده وهذا كان وعيداً

(فصل) ومن شرط الاكراه ثلاثة أمور (أحدهما) أن يكون من قادر بساطان أو غلب كالص ونحوه وحكي عن الشعبي أن اكرهه الص لم يقع طلاقه وإن اكرهه الساطان وقع قال ابن عيينة لأن الص يقتله وعموم ما ذكرناه في دليل الاكراه يتناول الجميع والذين أكرهوا عماراً لم يكونوا لصوصاً وقد قال النبي ﷺ لعمار « إن عادوا فعد » ولأنه اكره فمنع وقوع الطلاق كاكراه الصوص (الثاني) أن يغلب على ظنه زول الوعيد به أن لم يجبه الى ما عليه (والثالث) أن يكون مما يستضر به ضرراً كثيراً كالقتل والضرب الشديد والقيود والحبس الطويلين ، فأما الشتم والسب فليس باكراه رواية واحدة وكذلك أخذ المال اليسير ، فأما الضرر اليسير فإن كان في حق من لا يبالى به فليس باكراه وإن كان من ذوي المروءات

تدفعه فقال أدفعه برواية الناس عن ابن عباس من وجوه خلافه ثم ذكر عن ابن عباس من وجوه خلافه أنها ثلاث، وقيل معنى حديث ابن عباس أن الناس كانوا يطلقون واحدة على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر والأفلاحيوز أن يخالف عمر ما كان في عهد النبي ﷺ وأبي بكر ولا يسوغ لابن عباس أن يروي هذا عن رسول الله ﷺ ويقتني بخلافه

(فصل) فإن طلق اثنين في طهر ثم تركها حتى انقضت عدتها فهو للسنة لأنه لم يحرمها على نفسه ولم يسد على نفسه الخرج من الدم ولكنه ترك الاختيار لانه فوت على نفسه طلاقاً جعلها الله له من غير فائدة يحصل بها فكان مكروهاً كتنضيع المال، فإن كانت المرأة صغيرة أو آيسة أو غير مدخول بها أو حاملاً قد استبان حملها فلا سنة لطلاقها ولا بدعة إلا في العدد، فإذا قال لها أنت طالق للسنة أو قال للبدعة طلقت في الحال واحدة قال ابن عبد البر أجمع العلماء أن طلاق السنة إنما هو للمدخول بها فأما غير المدخول بها فليس لطلاقها سنة ولا بدعة إلا في عدد الطلاق على اختلاف بينهم فيه وذلك لأن الطلاق في حق المدخول بها إذا كانت من ذوات الاقراء أما كان له سنة وبدعة لأن العدة تطول عليها بالطلاق في الحيض وترتاب بالطلاق في الطهر الذي جامعها فيه وينتفي عنها الامران بالطلاق في الطهر

على وجه يكون أخراقا بصاحبه وغضاله وشهرة في حقه فهو كالضرب الكثير في حق غيره ، وإن تواعد بتعذيب ولده فقد قبل ليس بأكره لأن الضرر لاحق بغيره والاولى أن يكون أكرها لأن ذلك عنده أعظم من أخذ ماله والوعيد بذلك أكره فكذلك هذا

(فصل) وإن أكره على طلاق امرأة فطلق غيرها وقع لأنه غير مكروه عليه وإن أكره على طاعة فطلق ثلاثا وقع أيضا لأنه لم يكره على الثلاث وإن طلق من أكره على طلاقها وغيرها وقع طلاق غيرها دونها وإن خلصت نيته في الطلاق دون دفع الأكره أو وقع لأنه قصده واختاره ويحتمل أن لا يقع لأن اللفظ مرفوع عنه فلا يبقى إلا مجرد النية فلا يقع بها طلاق ، وإن طلق ونوى بقلبه غير امراته أو تأول في يمينه فله تأويله وقبل قوله في نيته لأن الأكره دليل له على تأويله وإن لم يتأول وقصدها بالطلاق لم يقع لأنه معذور وذكر أصحاب الشافعي وجها أنه يقع لأنه لا مكروه له على نيته وإنما أنه مكروه عليه فلم يقع لعموم ما ذكرنا من الأدلة ولأنه قد لا يحضره التأويل في تلك الحال فتفتوت الرخصة .

الذي لم يجامعها فيه ، أما غير المدخول بها فلا عدة عليها تبقى بتطويلها أو الارتباب فيها وكذلك ذوات الأشهر كالصغيرة التي لم تحض ، والآيسات من الحيض لاسنة لطلاقهن ولا بدعة لأن العدة لا تطول بطلاقها في حال ولا تحمل فترتاب ، وكذلك الحامل التي استبان حملها فهو لا كهن ليس لطلاقهن سنة ولا بدعة من جهة الوقت في قول أصحابنا وهو مذهب الشافعي وكثير من أهل العلم ، فإذا قال لاحدى هؤلاء أنت طالق للسنة أو للبدعة وقعت طلقة في الحال ولغت العدة لأن طلاقها لا يتصف بذلك فصار كأنه قال أنت طالق ولم يزد ، وكذلك إن قال أنت طالق للسنة والبدعة أو قال أنت طالق لالسنة ولا للبدعة طلقت في الحال لأنه وصف الطلقة بصفقتها ويحتمل كلام الحرقى أن يكون للحامل طلاق سنة لأنه طلاق أمر به لقوله عليه الصلاة والسلام « ثم يطلقها طاهراً أو حاملاً » رواه مسلم وهو ظاهر كلام أحمد فإنه قال أذهب إلى حديث سالم عن أبيه يعني هذا الحديث ولأنها في حال انتقلت إليها بعد زمن البدعة ويمكن أن تنتقل عنها إلى زمان البدعة فكان طلاقها طلاق سنة كالظاهر من الحيض من غير مجامعة ، ويتفرع منه أنه لو قال لها أنت طالق للبدعة لم تطاق في الحال فإذا وضعت الحمل طلقت لأن النفاس زمان بدعة كالحيض . وقوله إلا في العدد يعني أنه يكره له أن يطلق ثلاثا أو يحرم لأنه إذا طلق ثلاثا لم يبق له سبيل إلى الرجعة فطلاق السنة في حقهم أن يكون واحدة ليكون له سبيلا إلى تزوجها من غير أن تسكح زوجها غيره

(فصل) وإن قال لصغيرة أو غير مدخول بها أنت طالق للبدعة ثم قال أردت إذا حاضت الصغيرة أو أصيبت غير المدخول بها أو قال لها أنت طالق للسنة أو قال أردت طلاقها في زمن يصير طلاقها فيه السنة دين فيما بينه وبين الله تعالى ، وهل يقبل في الحكم ؟ فيه وجهان ذكرهما القاضي (أحدهما) لا يقبل

﴿باب تصريح الطلاق وغيره﴾

وجملة ذلك أن الطلاق لا يقع إلا بلافظ فلو نواه بقلبه من غير لفظ لم يقع في قول عامة أهل العلم منهم عطاء وجابر بن زيد وسعيد بن جبير ويحيى بن أبي كثير والشافعي وإسحاق وروي أيضاً عن القاسم وسالم والحسن والشعبي ، وقال الزهري إذا عزم على ذلك طلق وقال ابن سيرين فيمن طلق في نفسه أليس قد علمه الله ؟

ولنا قول النبي ﷺ «إن الله تجاوز لأمي عما حدثت به أنفسها ما لم تتكلم به أو تعمل» رواه النسائي والترمذي وقال هذا حديث صحيح ولأنه تصرف يزيل الملك فلم يحصل بالنية كالبيع والهبة، وإن نواه بقلبه وأشار بإصبعه لم يقع أيضاً لما ذكرناه . إذا ثبت أنه يعتبر فيه اللفظ فاللفظ ينقسم فيه إلى صريح وكناية فالصريح يقع به الطلاق من غير نية والكناية لا يقع بها الطلاق حتى ينويه أو يأتي بما يقوم مقام نيته .

(مسئلة) قال (وإذا قال قد طقتك أو قد فارقتك أو قد سرحتك لزمها الطلاق)

هذا يقتضي أن صريح الطلاق ثلاثة ألفاظ الطلاق والفراق والسراح وما تصرف منهن وهذا مذهب الشافعي وذهب أبو عبد الله بن حامد إلى أن صريح الطلاق لفظ الطلاق وحده وما تصرف منه لا غير وهو مذهب أبي حنيفة ومالك إلا أن مالكاً يوقع الطلاق به بغير نية لأن الكنايات الظاهرة

وهو أشبه بالمذهب لأنه فسر كلامه بما يحتمله فيقبل كمالو قال أنت طالق وقال أردت بالثانية أفهامها (فصل) إذا قال لها في طهر جامعها فيه أنت طالق للسنة فيست من الحيض لم تطلق لأنه وصف طلاقها بأنه للسنة في زمن يصلح له فإذا صارت آيسة فليس إطلاقها سنة فلم توجد الصفة فلا يقع وكذلك أن استبان حملها لم يقع أيضاً إلا على قول من جعل طلاق الحامل سنة فإنه ينبغي أن يقع لوجود الصفة كما لو حاضت ثم طهرت

(مسئلة) (وإن قال لمن لها سنة وبدعة أنت طالق في طهر لم يصحبها فيه طلقت إذا طهرت من الحيضة المستقبل) إذا قال لامرأته أنت طالق للسنة فعناء في وقت السنة فإن كانت في طهر غير مجامعة فيه فهو وقت السنة على ما أسلفناه ، وكذلك إن كانت حاملاً قد استبان حملها على ظاهر كلام أحمد وقد ذكرنا الخلاف في الحامل فإذا قال لها أنت طالق للسنة في الحالين طلقت لأنه وصف الطلقة بصفتها فوقعت في الحال وإن قال ذلك الحائض لم يقع في الحال لأن طلاقها بدعة لكن إذا طهرت طلقت لأن الصفة وجدت حينئذ فصار كما أنه قال أنت طالق في النهار فإن كان في النهار طلقت وإن كان في الليل

لا تفتقر عنده إلى النية وحجة هذا القول أن لفظ الفراق والسراح يستعملان في غير الطلاق كثيراً فلم يكونا صريحين فيه كسائر كناياته، ووجه الأول أن هذه الالفاظ ورد بها الكتاب بمعنى الفرقة بين الزوجين فكانا صريحين فيه كاللفظ الطلاق، قال الله تعالى (فامسك بمعروف أو تسريح بإحسان) وقال (فامسكوهن بمعروف) وقال سبحانه (وإن يفرقا يغن الله كلا من سعته) وقال سبحانه (فتعالين أمتعن وأمرحكن مراحاً جهيلاً) وقول ابن حامد أصح فإن الصريح في الشيء ما كان نصاً فيه لا يحتمل غيره إلا احتمالاً بعيداً، ولفظة الفراق والسراح أن وردا في القرآن بمعنى الفرقة بين الزوجين فقد وردا لغیر ذلك المعنى وفي العرف كثيراً قال الله تعالى (واعتصموا بحبل الله جميعاً ولا تفرقوا) وقال (وما تفرق الذين أوتوا الكتاب) فلا معنى لتخصيصه بفرقة الطلاق على أن قوله (أو فارقوهن بمعروف لم يرد به الطلاق وإنما هو ترك ارتجاعها وكذلك قوله (أو تسريح بإحسان) ولا يصح قياسه على لفظ الطلاق فإنه مختص بذلك سابق إلى اللفظ من غير قرينة ولا دلالة بخلاف الفراق؛ السراح فعلى كلا التولين إذا قال طلقك أو أنت طالق أو مطلقة وقم الطلاق من غير نية وإن قال فارقك أو أنت مفارقة أو مرحمتك أو أنت مسرحة فمن براء صريحاً أوقع به الطلاق من غير نية ومن لم يره صريحاً لم يوقع به إلا أن ينوبه، فإن قال أردت بقولي فارقك أي بجسمي أو بتلقي أو بمذهبي أو مرحمتك من من يدي أو شفلي أو من جسمي أو مسرحت شعرك قبل قوله، وإن قال أردت بقولي أنت طالق أي من وثقي أو قال أردت أن أقول طلبتك فسبق لسماني فقلت طلقك ونحو ذلك دين فيما بينه وبين الله تعالى فتى علم من نفسه ذلك لم يقع عليه فيما بينه وبين ربه قال أبو بكر لا خلاف عن أبي عبد الله أنه إذا أراد

طلقت إذا جاء النهار وإن كانت في طهر جامعها فيه لم يقع حتى تحيض ثم تطهر لأن الطهر الذي جامعها فيه والحيض بعده زمان فإذا طهرت من الحيضة المستقبل طلقت حينئذ لان الصفة وجدت وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي، فإن أولج في آخر الحيضة وانصل بأول الطهر أو أولج مع أول الطهر لم يقع الطلاق في ذلك الطهر لكن متى جاء طهر لم يجامعها فيه طلقت في أوله وهذا كله مذهب الشافعي ولا أعلم فيه مخالفاً (فصل) إذا انقطع الدم من الحيض فهو زمان السنة يقع عليها طلاق السنة وإن لم تغتسل كذلك قال أحمد وهو ظاهر كلام الخرقى وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة إن طهرت لاكثر الحيض مثل ذلك وإن انقطع الدم لدون أكثره لم يقع حتى تغتسل أو تقيم عند عدم الماء أو تصلي أو يخرج عنها وقت الصلاة لأنه متى لم يوجد فما حكمنا بانقطاع حيضها

ولنا أنها طاهر فوق وقع بها طلاق السنة كالتي طهرت لاكثر الحيض، والدليل على أنها طاهر أنها تؤمر بالغسل ويلزمها ويصح منها وتؤمر بالصلاة وتصح صلاتها ولان في حديث ابن عمر « فإذا طهرت طلقها إن شاء » وما قاله لا يصح فأننا لو لم نحكم بالطهر لما أمرناها بالغسل ولاضح منها
 ﴿ مسألة ﴾ (وإن قال لها أنت طالق للبدعة وهي حائض أو في طهر أصابها فيه طلقت في الحال

أن يقول لزوجته استغيني ماء فسبق لسانه فقال أنت طالق أو أنت حرة انه لا طلاق فيه ، ونقل ابن منصور عنه أنه سئل عن رجل حلف فجرى على لسانه غير ما في قلبه فقال أرجو أن يكون الامر فيه واسعا وهل تقبل دعواه في الحكم ؟ ينظر فإن كان في حال الغضب أو سؤالها الطلاق لم يقبل في الحكم لان لفظه ظاهر في الطلاق وقرينة حاله تدل عليه فكانت دعواه مخالفة للظاهر من وجهين فلا تقبل ، وإن لم تكن في هذه الحال فظاهر كلام احمد في رواية ابن منصور وأبي الحارث أنه يقبل قوله وهو قول جابر بن زيد والشعبي والحكم حكاه عنهم ابو حنص لانه فسر كلامه بما يحتمله احتمالا غير بعيد فقبل كما لو قال أنت طالق أنت طالق وقال أردت بالثانية إقامتها ، وقال القاضي فيه روايتان هذه التي ذكرنا قال وهي ظاهر كلام احمد (والثانية) لا يقبل وهو مذهب الشافعي لانه خلاف ما يقتضيه الظاهر في العرف فلم يقبل في الحكم كما لو أقر بعشرة ثم قال زيوفا أو صغارا أو الى شهر فاما ان صرح بذلك في اللفظ فقال طلقك من وثاقي أو فارقك بجسمي أو مرحمك من يدي فلا شك في أن الطلاق لا يقع لان ما يتصل بالكلام يصرفه عن مقتضاه كالاستثناء والشرط ، وذكر ابو بكر في قوله أنت طالق انه ان نوى أنها مطقة طلاقا ماضيا أو من زوج كان قبله لم يكن عليه شيء ، وإن لم ينوشنا فعلى قولين (أحدهما) يتم (والثاني) لا يقع وهذا من قوله يتمفي أن تكون هذه اللفظة غير صريحة في أحد القولين قال القاضي والمنصوص عن أحمد أنه صريح وهو الصحيح لان هذه متصرفة من لفظ الطلاق فكانت صريحة فيه كقوله أنت طالق

وإن كان في طهر لم يصيبها فيه طلقت اذا اصابها أو حاضت هذه المسألة عكس المسألة التي قبلها فانه وصف الطالقة بانها للبدعة فاذا كان ذلك لحائض أو طاهر مجامعة فيه وقع الطلاق في الحال لانه وصف الطالقة بصفتها وإن كانت في طهر لم يصيبها فيه لم يقع في الحال فاذا حاضت طلقت باول الحيض وإن اصابها طلقت بالتقاء الحائنين فإن نزع من غير توقف فلا شيء عليهما وإن أوج بعد النزع فقد وطئ مطلقته ويأتي بيان حكم ذلك وإن وطئها واستدام فسند كرها ان شاء الله تعالى فيما بعد (فصل) فإن قال لظاهر أنت طالق للبدعة في الحال فقد قيل تنعرا النصفة ويقع الطلاق لا يوصفها بما لا تنصف به ، فلغت النصفة دون الطلاق ويحتمل أن نطق ثلاثا في الحال لان ذلك طلاق بدعة فانصرف الوصف بالبدعة اليه ليعذر صفة البدعة من الجهة لآخرى ، وإن قال لحائض أنت طالق لانه في الحال لغت النصفة ووقع الطلاق لانه وصف الطالقة بما لا تنصف به ، وإن قال أنت طالق ثلاثا لانه وثلاثا للبدعة طلقت ثلاثا في الحال بناء على ما سنده

(مسألة) (وإن قال لها أنت طالق ثلاثا لانه طالت ثلاثا في طهر لم يصيبها فيه في إحدى الروايتين ، وفي الأخرى نطق في الحال واحدة ونطق اثنتي والثالثة في طهرين في تكاثرين ان أمكن) (المغني والشرح الكبير) (٣٤) (الجزء الثامن)

(فصل) فأما لفظة الاطلاق فليست صريحة في الطلاق لانها لم يثبت لها عرف الشرع ولا الاستعمال فأشبهت سائر كنيائاته ، وذكر القاضي فيها احتمالا أنها صريحة لانه لا فرق بين فعلت وأفعلت نحو عظمته وأعظمته وكرمه وأكرمه وليس هذا الذي ذكره بطرد فانهم يقولون حينئذ من التحية وأحييته من الحياة وأصدق المرأة صداقا وصدقت حديثها تصديقاً ويفرقون بين أقبل وقبل وأدبر ودبر وأبصر وبصر ويفرقون بين المعاني المختلفة بحركة أو حرف فيقولون حمل لما في البطن وبالكسر لما على الظهر والوقر بالفتح انثقل في الاذن وبالكسر لثقل الحمل ، وههنا فرق بين حل قيد النكاح وبين غيره بالتضعيف في أحدهما والهمزة في الآخر ، ولو كان معنى اللغظين واحداً لقليل طلقت الاسيرين والفرس والطائر فهو طالق وطلقت الدابة فهي طالق ومطلقة ولم يسم هذا في كلامهم وهذا مذهب الشافعي

(فصل) فان قال أنت الطلاق فقال القاضي لا تختلف الرواية عن أحمد في أن الطلاق يقع به نواه أو لم ينو وهذا قال أبو حنيفة ومالك ولاصحاب الشافعي فيه وجهان (أحدهما) أنه غير صريح لانه مصدر والاعيان لا توصف بالمصادر المجازاً (والثاني) أن الطلاق لفظ صريح فلم يقتصر الى نية كالتصرف منه وهو مستعمل في عرفهم قال الشاعر

نوهت باسمي في العالمين وأقرب سبت عمري عاماً فعصا

فأنت الطلاق وأنت الطلاق وأنت الطلاق ثلاثاً تماماً

وقولهم انه مجاز قلنا نعم الا أنه يتعذر حمله على الحقيقة ولا يحمل ليعتبر سوى هذا المحمل فتعين فيه

المنصوص عن أحمد في هذه المسئلة أنها نطق ثلاثاً ان كانت في طهر لم يجامعها فيه ، وان كانت حائضاً طلقت ثلاثاً إذا طهرت وهذا مذهب الشافعي وقال القاضي وأبو الخطاب هذا على الرواية التي قال فيها ان جمع الثلاث سنة فاما على الرواية الاخرى فاذا طهرت طلقت واحدة وتطابق الثانية والثالثة في نكاحين آخرين أو بعد رجعتين ، وقد أكرأ أحمد هذا القول فقال في رواية منها اذا قال لامرأته أنت طالق ثلاثاً لسنة فقد اختلفوا فيه فمنهم من يقول يقع عليها الساعة واحدة فلو راجعها تقع عليها نطفة أخرى وتكرن عنده على أخرى وما يجني قولهم هذا فيحتمل ان أحمد أوقع الثلاث لان ذلك عنده سنة ، ويحتمل أنه أوقعها لوصف الثلاث بما لا يتصف به فالنفي الصفة وأوقع الطلاق كما لو قال لحائض أنت طالق في الحال لسنة ، وقد قال في رواية أبي الحارث ما يدل على هذا ؟ قال يقع عليها اثلاث ولا معنى لقوله لسنة ، وقال أبو حنيفة يقع في كل قرء طلقة وان كانت من ذوات الاشهر وقع في كل شهر طلقة ، وبني على أصله في أن السنة تفريق الثلاث على الاطهار ، وقد بينا أن ذلك في حكم جمع الثلاث فان قال أردت بقولي لسنة إيقاع واحدة في الحال واثنتين في نكاحين آخرين قبل منه ، وان قال أردت أن يقع في كل قرء طلقة قبل أيضاً لانه مذهب

(فصل) ومخرج الطلاق بالعجمية بهشتم فاذا أتى بها العجمي وقع الطلاق منه بغير نية وقال النخعي وأبو حنيفة هو كناية لا يطلق به إلا بنية لأن معناه خيلتك وهذه اللفظة كناية ولنا أن هذه اللفظة بلسانهم موضوعة للطلاق يستعملونها فيه فأشبهت لفظ الطلاق بالعربية ولو لم تكن هذه صريحة لم يكن في العجمية مخرج للطلاق وهذا بعيد ولا يضر كونها بمعنى خيلتك فإن معنى طلقك خيلتك أيضاً إلا أنه لما كان موضوعاً له يستعمل فيه كان صريحاً كذا هذه ولا خلاف في أنه إذا نوى بها الطلاق كانت طلاقاً، كذلك قال الشعبي والنخعي والحسن ومالك والثوري وأبو حنيفة وزفر والشافعي

﴿ مسألة ﴾ قال (وإذا قال لها في الغضب أنت حرة أو لطمها فقال هـذا طلاقك فقد وقع الطلاق)

(الكلام في هذه المسئلة في فصلين)

(أحدهما) في أن هذا اللفظ كناية في الطلاق إذا نواه به وقع ولا يقع من غير نية ولا دلالة حال ولا نعلم خلافاً في أنت حرة أنه كناية فأما إذا لطمها وقال هذا طلاقك فإن كثيراً من الفقهاء قالوا ليس هذا كناية ولا يقع به طلاق ، وإن نوى لأن هذا لا يؤدي معنى الطلاق ولا هو سبب له ولا حكم فلم يصح التعبير به عنه كقوله (غفر الله لك) وقال ابن حامد يقع به الطلاق من غير نية لأن تقديره أوقعت عليك طلاقاً هذا الضرب من أجله فعلى قوله يكون هذا صريحاً ، وقول الحرقى محتمل لهذا

طائفة من أهل العلم ، وقد ورد به الأثر فلا يبعد أن يردده قال أصحابنا يدين وهل يقبل في الحكم على وجهين (أحدهما) لا يقبل لأن ذلك ليس بسنة (والثاني) يقبل لما قدمنا . فإن كانت في زمن البدعة فقال سبق لساني إلى قولي للسنة ولم أرده وإنما أردت الإيقاع في الحال وقع في الحال لأنه ملك لا يقيمها فإذا اعترف بما يوقعها قبل منه

(فصل) فإن قال أنت طالق ثلاثاً بعضهم للسنة وبعضهم للبدعة طلقت في الحال طلقين وتأخرت الثالثة إلى الحال الآخرة لأنه سوى بين الحالتين فاقضى الظاهر أن يكونا سواء فيقع في الحال واحدة ونصف ثم يكمل النصف لكون الطلاق لا يتبعض . ويحتمل أن يقع طلاقاً ويتأخر اثنتان إلى الحال الآخرة لأن البعض يقع على ما دون الكل ويتناول القليل من ذلك والكثير فيقع أقل ما يقع عليه الاسم لأنه اليقين وما زاد لا يقع بالشك فيتأخر إلى الحال الآخرة فإن قيل لم لا يقع من كل طلاق بعضها ثم يكمل فتقع الثلاث ؟ قلنا متى أمكنت القسمة من غير تكسير وجبت القسمة على الصحة فإن قال نصفهن للسنة ونصفهن للبدعة وقع في الحال اثنتان وتأخرت الثالثة وإن قال طلقتان للسنة وواحدة للبدعة أو طلقتان للبدعة وواحدة للسنة فهو على ما قال فإن طلق ثم قال نويت ذلك إن فسر نيته بما

أيضا ، ويحتمل انه انما يوقعه اذا كان في حال الغضب فيكون الغضب قائما مقام النية كما قام مقامها في قوله أنت حرة ، ويحتمل أن يكون لطمه لها قرينة تقوم مقام النية لانه يصدر عن الغضب فجري مجراه والصحيح انه كناية في الطلاق لانه محتمل بالتقدير الذي ذكره ابن حامد ويحتمل أن يريد أنه سبب الطلاق لكون الطلاق معلقا عليه فصيح أن يعبر به عنه وليس بصريح لانه احتاج الى تقدير ولو كان صريحا لم يحتاج الى ذلك ولانه غير موضوع له ولا مستعمل فيه شرعا ولا عرفا فأشبهه سائر الكنايات وعلى قياسه ما لو اطعمها او سقاها او كساها وقال هذا طلاقك او لو فعلت المرأة فعلا من قيام او قعود او فعل هو فعلا ، وقال هذا طلاقك فهو مثل لطمها الا في أن اللطم يدل على الغضب القائم مقام النية فيكون هو أيضا قائما مقامها في وجه ما ذكرنا لا يقوم مقام النية عند من اعتبرها

(الفصل الثاني) أنه اذا أتى بالكناية في حال الغضب فذكر الخرق في هذا الموضع أنه يقع الطلاق

وذكر القاضي واو بكر واو الخطاب في ذلك روايتين

(احدهما) يقع الطلاق ، قال في رواية الميموني اذا قال لزوجته أنت حرة لوجه الله في الرضا

لا في الغضب فأخشى أن يكون طلاقا

(والرواية الاخرى) ليس بطلاق وهو قول ابي حنيفة والشافعي الا أن ابا حنيفة يقول في اعتدي

واختاري وأمرك بيدك كقولنا في الوقوع واحتجا بأن هذا ليس بصريح في الطلاق ولم ينو به فلم يقع به الطلاق كحال الرضا ولان مقتضى اللفظ لا يتغير بالرضا والغضب ، ويحتمل أن ما كان من الكنايات لا يستعمل في غير الفرقة الا نادرا نحو قوله أنت حرة لوجه الله واعتدي واستبرئي وحملك

يوقع في الحال طلقت وقبل لانه يقتضي الاطلاق ولانه غير متهم فيه وان فسرهما بما يوقع طلقة واحدة ويؤخر اثنتين دين فيما بينه وبين الله تعالى وهل يقبل في الحكم ؟ فيه وجهان (اظهرهما) انه يقبل لان البعض حقيقة في القليل والكثير فافسر كلامه به لا يخالف الحقيقة فيجب ان يقبل (والثاني) لا يقبل لانه فسر كلامه بأخف مما يلزمه حالة الاطلاق ومذهب الشافعي على نحو هذا فان قال انت طالق ثلاثا بعضهن للسنة ولم يذكر شيئا آخر احتمل ان تكون كالتى قبلها لانه يلزم من ذلك ان يكون بعضها للبدعة فأشبهه ما لو صرح به ويحتمل ان لا يقع في الحال الا واحدة لانه لم يسو بين الحالين والبعض لا يقتضي النصف فتقع الواحدة لانها اليقين والزائد لا يقع بالشك وكذلك لو قال بعضها السنة وباقيها للبدعة او سائرهما للبدعة

(فصل) اذا قال انت طالق اذا قدم زيد فقدم وهي حائض طلقت للبدعة الا انه لا يأنم لانه لم يقصده وان قالت انت طالق اذا قدم للسنة فقدم زيد في زمان السنة طلقت وان قدم في زمان البدعة لم يقع حتى اذا صارت الى زمن السنة وقع وبصير كأنه قال ان قدم زيد انت طالق للسنة لانه اوقع الطلاق بقدوم زيد على صفة فلا يقع الا عليها وان قال لها انت طالق للسنة اذا قدم زيد قبل ان يذبل

على غاربك وأنت بائن وأشباه ذلك انه يقع في حال الغضب وجواب سؤال الطلاق من غير نية وما كثر استعماله لغير ذلك نحو اذهبى واخرجى وروحي وتقضى لا يقع الطلاق به الا بنية ومذهب أبي حنيفة قريب من هذا وكلام احمد والحرقي في الوقوع انما ورد في قوله أنت حرة وهو مما لا يستعمله الانسان في حق زوجته غالبا الا كناية عن الطلاق ولا يلزم من الاكتفاء بذلك بمجرد الغضب وقوع غيره من غير نية لان ما كثر استعماله يوجد كثيرا غير مراد به الطلاق في حال الرضا فكذلك في حال الغضب اذ لا حرج عليه في استعماله والتكلم به بخلاف ما لم تجر العادة بذكره فانه لما قل استعماله في غير الطلاق كان مجرد ذكره يظن منه ارادة الطلاق فاذا انضم الى ذلك مجيئه عقيب سؤال الطلاق أو في حال الغضب قوي الظن فنصار ظنا غالبا ، ووجه الرواية الاخرى أن دلالة الحال تغير حكم الافعال والافعال فان من قال لرجل يا عفيف ابن العفيف حال تعظيمه كان مدح له ، وإن قاله في حال شتمه وتقصه كان قدفا وذما ، ولو قال انه لا يتغير بذمة ولا يظلم حبة خردل وما أحد أوفى ذمة منه في حال المدح كان مدحا بليغا كما قال حسان :

فما حملت من ناقة فوق رحلها أبو وأوفى ذمة من محمد

ولو قاله في حال الذم كان هجاء قبيحا كقول النجاشي :

قبيلة لا يندرون بذمة ولا يظلمون الناس حبة خردل

كأن ربي لم يخلق لحشيتيه سواهم من جميع الناس انسانا

وقال آخر

بها طلقت عند قدومه حائضا كانت او طاهرا لانها لا سنة لطلاقها ولا بدعة وان قدم بعد دخوله بها وهي في طهر لم يصحها فيه طلقت وان قدم في زمن البدعة لم تطلق حتى يجي زمن السنة لانها صارت ممن لطلاقها سنة وبدعة وان قال لامراته انت طالق اذا جاء رأس الشهر للسنة فكان رأس الشهر في زمن السنة وقع وإلا وقع اذا جاء زمان السنة

﴿مسئلة﴾ (وان قال لها أنت طالق في كل قرء طلقة وهي من اللاتي لم يحضن لم تطلق حتى تحيض

فتطلق في كل حيضة طلقة)

وان كانت من ذوات القروء وقع في كل قرء طلقة وان كانت في القرء أوقعت بها واحدة في الحال ووقع بها طلقان في قرأين آخرين في أولهما سواء قلنا القرء الحيض أو الاطهار ، وسواء كانت مدخولا بها أو غير مدخول بها ، إلا أن غير المدخول بها تبين بالطلقة الاولى فان تزوجها وقع بها في القرء الثاني طلقة أخرى وكذلك الحكم في الثالثة فان كانت من اللاتي لم يحضن وقلنا القرء الحيض لم تطلق حتى تحيض فتطلق في كل حيضة طلقة ، وان قلنا القرء الاطهار احتمل أن تطلق في الحال واحدة ثم لا تطلق حتى تحيض ثم تطهر فتطلق الثانية ثم الثالثة في القرء ، لان الطهر قبل الحيض كله قرء واحد ، واحتمل أن لا تطلق حتى تطهر بعد الحيض لان القرء هو الطهر بين

وهذا في هذا الموضع هجا، قبيح وذم حتي حكي عن حسان انه قال ما اراه الا قد ساح عليهم ولولا القرينة ودلالة الحال كان من احسن المدح وأبلغه وفي الانفعال لو ان رجلا قصد رجلا بسيف والحال يدل على المزح واللعب لم يجر قتله ولو دلت الحال على الجد جاز دفعه بالقتل والغضب ههنا يدل على قصد الطلاق فيقوم مقامه.

(فصل) وإن أتى بالكنية في حال سؤال الطلاق فالحكم فيه كالحكم في ما إذا أتى بها في حال الغضب على ما فيه من الخلاف والتفصيل والوجه لذلك ما تقدم من التوجيه الا ان المنصوص عن أحمد ههنا أنه لا يصدق في عدم النية قال في رواية أبي الحارث اذا قال لم أنه صدق في ذلك اذا لم تكن سألته الطلاق فان كان بينهما غضب قبل ذلك فيفرق بين كونه جوابا لسؤال وكونه في حال الغضب وذلك لان الجواب ينصرف الى السؤال فلو قال لي عندك دينار قال نعم أو صدقت كان اقرارا به ولم يقبل منه تفسيره بغير الاقرار ولو قال زوجتك ابنتي وبعتك ثوبي هذا فقال قبلت صح وكفى ولم يحتاج الى زيادة عليه ولو أراد بالكنية حال الغضب أو سؤال الطلاق غير الطلاق لم يقع الطلاق لانه لو أراد بالصرح لم يقع فبالكنية أولى واذا ادعى ذلك دين وهل يقبل في الحكم؟ فظاهر كلام أحمد في رواية أبي الحارث انه يصدق ان كان في الغضب ولا يصدق ان كان جوابا لسؤال الطلاق ونقل عنه في موضع آخر انه اذا قال انت خلية أو بويثة أو بائن ولم يكن بينهما ذك طلاق ولا غضب صدق فنهومه انه لا يصدق مع وجودهما وحكي هذا عن أبي حنيفة الا في الاربعة المذكورة والصحيح انه يصدق لما روى سعيد

حيضتين وكذلك لو حاضت الصغيرة في عدتها لم تحتسب بالطهر الذي قبل الحيض من عدتها في أحد الوجبين، والحكم في الحامل كالحكم في الصغيرة لان زمن الحمل كله قرء واحد في أحد الوجبين اذا قلنا الاقراء الاطهار، والوجه الآخر ليس بقرء على كل حال، وإن كانت آيسة فقال القاضي تطلق واحدة على كل حال لانه علق طلاقها بصفة يستحيل فيها فلفت ووقع بها الطلاق كما لو قال لها: أنت طالق للبدعة، وإذا طلقت الحامل في حال حملها بانته بوصفه لان عدتها تنقضي به فلم ياحقها طلاق آخر فان استأنف أو راجعها قبل وضع حملها ثم طهرت من النفاس طلقت أخرى ثم إذا حاضت ثم طهرت وقعت الثالثة

(فصل) فإن قال أنت طالق للسنة ان كان الطلاق يقع عليك السنة وهي في زمن السنة طلقت بوجود الصفة، وإن لم تكن في زمن السنة انحلت الصفة ولم يقع بحال لان الشرط ما وجد وكذلك إن قال أنت طالق للبدعة إن كان الطلاق يقع عليك للبدعة، ان كانت في زمن البدعة وقع، والا لم يقع بحال فان كانت ممن لا سنة لطلاقها ولا بدعة فذكر القاضي فيها احتمالين

(أحدهما) لا يقع في المسئلتين لان الصفة ما وجدت فأشبهه ما لو قال: أنت طالق إن كنت هاشمية ولم تكن كذلك.

باسناده أن رجلاً خطب إلى قوم فقالوا لا تزوجك حتى تطلق امرأتك فقال قد طلقت ثلاثاً فزوجوه ثم أمسك امرأته فقالوا ألم تقل أنك طلقت ثلاثاً؟ قال ألم تعلموا أنني تزوجت فلانة ثم طلقته ثم تزوجت فلانة وطلقتها فاستل عثمان عن ذلك فقال له نيت، ولأنه أمر يعتبر بنيت فيه فقبل قوله في ما يحتمله كما لو كرر لفظاً وقال أردت التوكيد

﴿مسئلة﴾ قال (أبو عبدالله وإذا قال لها أنت خلية أو أنت برية أو أنت بائن أو حبلك على غاربك أو الحقى بأهلك فهو عندي ثلاث ولكن أكره أن أفتي به سواء دخل بها أو لم يدخل)

أكثر الروايات عن أبي عبد الله كراهية الغتيا في هذه الكنايات مع ميله إلى أنها ثلاث وحكي ابن أبي موسى في الارشاد عنه روايتين (أحدهما) أنها ثلاث (والثانية) يرجع إلى ما نواه اختارها أبو الخطاب وهو مذهب الشافعي قال يرجع إلى ما نوى فإن لم ينو شيئاً وقعت واحدة ونحوه قول النخعي إلا أنه قال يقع طلقة بائنة لأن لفظه يقتضي البينونة ولا يقتضي عدداً وروى حنبل عن أحمد ما يدل على هذا فإنه قال بزيدها في مهرها أن أراد رجعتها ولو وقع ثلاثاً لم يسمح له رجعتها ولو لم تبين لم يجز إلى زيادة في مهرها

(والثاني) تطلق لأنه شرط لوقوع الطلقة شرطاً مستحيلاً فلفي ووقع الطلاق، والاول أشبه، وللشافعي وجهان كهذين.

﴿مسئلة﴾ (وإن قال أنت طالق أحسن الطلاق أو أجمله فهو كقوله أنت طالق للسنة) وكذلك إن قال أعدله أو أكمله أو أمته أو أفضله أو طلقة جليلة أو سنية، فكذلك كله عبارة عن طلاق السنة، وبه قال الشافعي وقال محمد بن الحسن إذا قال أعدل الطلاق أو أحسنه كقولنا، وإن قال سنته أو أعدله وقع الطلاق في الحال لأن الطلاق لا يتصف بالوقت والسنة والبدعة وقت، فإذا وصفها بما لا يتصف به سقطت الصفة كما لو قال لغير المدخول بها: أنت طالق طلقة رجعية، أو قال لها أنت طالق للسنة أو للبدعة.

ولنا أن ذلك عبارة عن طلاق السنة ويصح وصف الطلاق بالسنة والحسن لكونه في ذلك الوقت موافقاً للسنة مطاباً للشرع فهو كقوله أحسن، وفارق قوله طلقة رجعية، لأن الرجعية لا تكون إلا في عدة ولا عدة لها فلا يحصل ذلك بقوله فإن قال نويت بقولي أعدل الطلاق وقوعه في زمان الحيض لأنه أشبه باخلاصها القبيحة ولم أرد الوقت وكانت في الحيض وقع الطلاق لأنه لإقرار على نفسه بما فيه تغليظ، وإن كانت في حال السنة دين فيما بينه وبين الله تعالى وهل يقبل في الحكم؟ على وجهين فيما تقدم.

واحتج الشافعي بما روى أبو داود بإسناده أن ركانة بن عبد يزيد طلق امرأته سهيمة البتة فأخبر النبي ﷺ بذلك وقال والله ما أردت إلا واحدة فقال رسول الله ﷺ «الله ما أردت إلا واحدة؟» فقال ركانة الله ما أردت إلا واحدة فردها إليه رسول الله ﷺ فطأها الثانية في زمن عمر والثالثة في زمن عثمان ، قال علي بن محمد الطائفي ما أشرف هذا الحديث ، ولأن النبي ﷺ قال لا بنة الجون «الحقي بأهلك» ولم يكن النبي ﷺ ليطلق ثلاثاً وقد نهى عن ذلك ، ولأن الكنايات مع البتة كالحرج فلم يقع به عند الإطلاق أكثر من واحدة كقوله أنت طالق

وقال الثوري وأصحاب الرأي أن نوى ثلاثاً ثلاث وإن نوى اثنتين أو واحدة وقعت واحدة ولا يقع اثنتين لأن الكناية تقتضي البيئونة دون العدد والبيئونة بينوتان صغرى وكبرى فالصغرى بالواحدة والكبرى بالثلاث ولو أوقعنا اثنتين كان موجه العدد وهي لا تقتضيه

وقال ربيعة ومالك : يقع بها الثلاث وإن لم ينو إلا في خلع أو قبل الدخول فإنها تطلق واحدة لأنها تقتضي البيئونة والبيئونة تحصل في الخلع وقبل الدخول بواحدة فلم يزد عليها لأن اللفظ لا يقتضي زيادة عليها وفي غيرها يقع الثلاث ضرورة أن البيئونة لا تحصل إلا بها ووجه أنها ثلاث أنه قول أصحاب رسول الله ﷺ فروي عن علي وابن عمر وزيد بن ثابت أنها ثلاث ، قال أحمد في الحلية والبركة والبتة قول علي وابن عمر قول صحيح ثلاثاً

وقال علي والحسن والزهرى في البائن أنها ثلاث. وروى النجاد بإسناده عن نافع أن رجلاً جاء إلى عاصم وابن الزبير فقال إن ظنرتي هذا طلق امرأته البتة قبل أن يدخل بها فهل تجدان له رخصة؟

﴿مسئلة﴾ (وان قال أقبحه أو أسمجه أو أخفسه أو أرداه أو ألكمه حمل على طلاق البدعة)

فإن كانت في وقت البدعة والا وقف على مجيء زمان البدعة

وحكي عن أبي بكر أنه يقع ثلاثاً أن جمع الثلاث بدعة وينبغي أن يقع الثلاث في وقت البدعة ليكون جامعاً لبدعتي الطلاق فيكون أقبح الطلاق ، وإن نوى بذلك غير طلاق البدعة نحو أن يقول إنما أردت أن طلاقك أقبح الطلاق لأنك لا تستحقينه لحسن عسرتك وجميل طريقتك وقع في الحال ، وإن قال أردت بذلك طلاق السنة ليتأخر الطلاق عن نفسه إلى زمن السنة لم يقبل ، لأن لفظه لا يحتمله .

﴿مسئلة﴾ (وان قال أردت أن أحسن أحوالك أو أقبحها أن تكوني مطلقة فيقع في الحال)

لأن هذا يوجد في الحال فوقه فيه .

﴿مسئلة﴾ (وان قال أنت طالق طلمة حسنة قبيحة فاحشة جميلة تامة ناقصة وقع في الحال)

لأنه وصفها بصفيتين متضادتين فلغتا وبقي مجرد الطلاق فوقه فإن قال أردت أنها حسنة لكونها في زمان السنة وقبيحة لضرارها بك أو قال أردت أنها حسنة لتخليصي من شرك وسوء خلقك وقبيحة

فتالاه ولا وليكما تركنا ابن عباس وأبا هريرة عند عائشة فسألهم ثم ارجع اليها فآخبرنا فسألهم فقال أبو هريرة لا تفعل له حتى تنكح زوجا غيره، وقال ابن عباس هي ثلاث وذكر عن عائشة متابعتها وروى النجاد بإسناده أن عمر رضي الله عنه جعل البتة واحدة ثم جعلها بعد ثلاث تطليقات، وهذه أقوال علماء الصحابة ولم يعرف لهم مخالف في عصرهم فكان إجماعا، ولأنه طلق امرأته بلفظ يقتضي البتة فوجب الحكم بطلاق تحصل به البتة كما لو طلق ثلاثا أو نوى الثلاث واقتضاؤه للبتة ظاهر في قوله أنت بائن وكذا في قوله البتة لأن البت القطع فكأنه قطع النكاح كله ولذلك يعبر به عن الطلاق الثلاث كما قالت امرأة رفاعه ان رفاعه طلقني فبت طلاقي وبتله هو من القطع أيضا ولذلك قيل في مريم البتول لا تقطعها عن النكاح ونهى النبي ﷺ عن التبتل وهو الانقطاع عن النكاح بالكلية، وكذلك الخلية والبرية يقتضيان الخلو من النكاح والبراءة منه وإذا كان لفظ مني فاعتبره الشرع إنما يعتبر فيما يقتضيه ويؤدي معناه ولا سبيل الى البتة بدون الثلاث فوقعت ضرورة الوفاء بما يقتضيه لفظه ولا يمكن إيقاع واحدة بائن لأنه لا يقدر على ذلك بصريح الطلاق فكذلك بكنايته ولم يفرقوا بين المدخول بها وغيرها لأن الصحابة لم يفرقوا، ولأن كل لفظة أوجبت الثلاث في المدخول بها أوجبتها في غيرها كقوله أنت طالق ثلاثا

فأما حديث ركانة فإن أحمد ضعف إسناده فلذلك تركه، وأما قوله عليه السلام لا بتة الجون « الحقى بأهلك » فبدل على أن هذه اللفظة لا تقتضي الثلاث وليست من اللفظات التي قال الصحابة فيها بالثلاث ولا هي مثاها فيقتصر الحكم عليها، وقولهم ان الكناية بالنية كالمصريح قلنا نعم إلا أن

لكونها في زمن البدعة وكان ذلك يؤخر وقوع الطلاق وهل يقبل في الحكم؟ يخرج على وجهين (فصل) فإن قال أنت طالق طلاق الحرج فقال القاضي معناه طلاق البدعة لأن الحرج الضيق والأثم فيكأنه قال طلاق الأثم وطلاق البدعة طلاق الأثم وحكى ابن المنذر عن علي رضي الله عنه أنه يقع ثلاثا لأن الحرج الضيق والذي يضيق عليه ويمنعه الرجوع اليها ويمنعها الرجوع هو الثلاث وهو مع ذلك طلاق بدعة وفيه أثم فيجتمع عليه الأمران الضيق والأثم، وإن قال طلاق الحرج والسنة كان كقوله طلاق السنة والبدعة

﴿ باب صريح الطلاق وكنايته ﴾

لا يقع الطلاق بغير لفظه فلو نواه بقلبه من غير لفظ لم يقع في قول عامة أهل العلم منهم عطاء وجابر ابن زيد وسعيد بن جبير ويحيى بن أبي كثير والشافعي وإسحاق وروى أيضا عن القاسم وسالم والحسن والشمسي وقال الزهري إذا عزم على ذلك طلقت وقال ابن سيرين فيمن طلق في نفسه أليس قد علمه الله

الصريح ينقسم الى ثلاث تحصل بها البيئونة والى مادونها مما لا يحصل به البيئونة فكذلك الكناية تنقسم كذلك فمنها ما يقوم مقام الصريح المحصل للبيئونة وهو هذه الظاهرة ومنها ما يقوم مقام الواحدة وهو ما عداها والله أعلم

(فصل) وذكر القاضي أن ظاهر كلام أحمد والخري أن الطلاق يتم بهذه الكتابات من غير نية كقول مالك لأنه اشترى استعمالها فيه فلم يحتاج الى نية كالصريح، ومفهوم كلام الخري أنه لا يقع الا بنية لقوله وإذا أتى بصريح الطلاق وقع نواه أو لم ينو فمفهومه ان غير الصريح لا يقع الا بنية ولان هذا كناية فلم يثبت حكمه بغير نية كسائر الكتابات

(فصل) والكناية ثلاثة أقسام ظاهرة وهي سنة الناط خاية وبرية وبائن وبنة وبنلة وأمرك بيدك، الحكم فيها ما بيناه في هذا الفصل، وان قال أنت طالق بائن أو البنة فكذلك الا أنه لا يحتاج الى نية لانه وصف بها الطلاق الصريح وان قال أنت طالق لارجعة لي عليك وهي مدخول بها فهي ثلاث، قال أحمد اذا قال لامرأته أنت طالق لارجعة فيها ولا مشيئة هذه مثل الخلية والبرية ثلاثا هكذا هو عندي وهذا قول أبي حنيفة، وان قال ولا رجعة لي فيها بالواو فكذلك، وقال أصحاب أبي حنيفة تكون رجعية لانه لم يصف الطلقة بذلك وانما عطف عليها

ولنا أن الصفة تصح مع العطف كما لو قال بعتك بعشرة وهي مغربة صح وكان صفة لثمن قال الله تعالى (إلا استمعوه وهم يلعبون) وان قال أنت طالق واحدة بائنا أو واحدة بنة ففيها ثلاث روايات (أحدها) أنها واحدة رجعية ويلغو ما بعدها قال أحمد لا أعرف شيئا متقدما ان نوى واحدة تكون

ولنا قول النبي ﷺ «إن الله تجاوز لامتي عما حدثت به أنفسها ما لم تكلم به أو تعمل» رواه النسائي والترمذي وقال هذا حديث صحيح ولانه تصرف يزيل الملك فلم يحصل بمجرد النية كالبيع والهبة وكذلك إن نواه بقلبه وأشار بأصبعه فانه لا يتبع لما ذكرناه. إذا ثبت أنه يعتبر له اللفظ فهو يتصرف الى صريح وكناية، فصريحه لفظ الطلاق وما تصرف منه في الصحيح وهو اختيار ابن حامد فاذا قال أنت طالق أو مطلقة أو قال طلقك وقع الطلاق من غير نية، والكناية لا يقع بها الطلاق حتى ينويه أو يأتي بما يقوم مقام نيته

﴿مسئلة﴾ (وقال الخري صريحه ثلاثة الفاظ الطلاق والفراق والسراح وما تصرف منهن) وهذا مذهب الشافعي ومذهب أبي حنيفة أن صريحه يختص بالفظ الطلاق وما تصرف منه ووجه هذا القول أن لفظ الفراق والسراح يستعملان في غير الطلاق كثيرا فلم يكونا صريحين فيه كسائر كتاباته، ووجه قول الخري أن هذه الالفاظ ورد بها الكتاب في الفرقة بين الزوجين فكانا صريحين فيه كاللفظ الطلاق قال الله تعالى (فامسك بمعروف أو تسريح بإحسان) وقال (فامسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف) وقال سبحانه (وإن يفرقا يغن الله كلاما من سمعته) وقال سبحانه (فتعالين أمتكبن

بأننا وهذا مذهب الشافعي لانه وصف الطلقة بما لا تنصف به فأنعت الصفة كما لو قال أنت طالق طلقة لا تقع عليك (والثانية هي ثلاث قاله أبو بكر وقال هو قول أحمد لانه أتى بما يقتضي الثلاث فوقم وإنما قوله واحدة كما لو قال أنت طالق واحدة ثلاثا (والثالثة) رواها حنبل عن أحمد إذا طلق امرأته واحدة البتة فإن أمرها بيدها بزيتها في مهرها أن أراد رجعتها، فهذا يدل على أنه أوقع بها واحدة بأننا لانه جعل أمرها بيدها ولو كانت رجعة لما كان أمرها بيدها ولا احتاجت إلى زيادة في مهرها ولو وقع ثلاث لما حلت له رجعتها، وقال أبو الخطاب هذه الرواية تخرج في جميع الكنايات الظاهرة فيكون ذلك مثل قول إبراهيم النخعي، ووجهه أنه أوقع الطلاق بصفة البيونة فوقم على ما أوقعه ولم يزد على واحدة لأن لفظه لم يقتض عدداً فلم يقع أكثر من واحدة كما لو قال أنت طالق وحمل القاضي رواية حنبل على أن ذلك بعد انقضاء العدة.

(١) كذا في

الاصول ولكنه لم يذكر غير تسعة

(القسم الثاني) مختلف فيها وهي ضربان منصوص عليها وهي عشرة (١) استقي بأهلك، وحملك على غاربك، ولا سبيل لي عليك، وأنت علي حرج، وأنت علي حرام، وأذهبني فتزوجني من شئت، وغطني شعرك، وأنت حرة، وقد أعنتك، فهذه عن أحمد فيها روايات [أحدهما] أنها ثلاث (والثانية) ترجع إلى ما نواه وإن لم ينو شيئاً فواحدة كسائر الكنايات

(والضرب الثاني) مقيس على هذه وهي استبرئي رحلك وحملت الأزواج وتقنعي ولا سلطان لي عليك، فهذه في معنى المنصوص عليها فيكون حكماً حكماً، والصحيح في قوله الحق بأهلك أنها واحدة

وأسرحكن سراحاً جميلاً) والقول الأول أصح فإن الصريح في الشيء ما كان نصاً فيه لا يحتل غيره إلا احتمالاً بعيداً، ولفظة الفراق والسراح إن وردت في القرآن بمعنى افرقة بين الزوجين فقد وردت فيه لغير ذلك المعنى وفي العرف كثيراً قال الله تعالى (واعصموا بحبل الله جميعاً ولا تفرقوا) وقال (وما تفرق الذين أوتوا الكتاب) فلا معنى لتخصيصه بفرقة الطلاق على أن قوله (أوفارقوهن بمعروف) لم يرد به الطلاق وإنما هو ترك ارتجاعها وكذلك قوله (أو تسريحاً بإحسان) ولا يصح قياسه على لفظ الطلاق فإنه مختص بذلك سابق إلى الافهام من غير قرينة ولا دلالة بخلاف الفراق والسراح

(مسئلة) (فتى أتى بصريح الطلاق وقع نواه أو لم ينوه)

وجملة ذلك أن الصريح لا يحتاج إلى نية بل يقع من غير قصد فتى قال أنت طالق أو مطلقة أو طلقك وقع من غير نية بغير خلاف لأن ما يعتبر له القول يكتفى فيه به من غير نية إذا كان صريحاً فيه كالبيع سواء قصد المزح أو الجد لقول النبي ﷺ «ثلاث جدهن جدوهن جد: النكاح والطلاق والرجعة» رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح، قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن جد الطلاق وهزله سرا، روي هذا عن عمر بن الخطاب وابن مسعود ونحوه عن عطاء وعبيدة وبه قال الشافعي وأبو عبيد قال أبو عبيد هو قول سفيان وأهل العراق. فأما لفظ الفراق

ولا تكون ثلاثا إلا بنية لأن النبي ﷺ قال لا بنة الجون « الحتمي بأهلك » متفق عليه ولم يكن النبي ﷺ يطلق ثلاثا وقد نهى أمته عن ذلك، قال الأرم قلت لأبي عبد الله إن النبي ﷺ قال لا بنة الجون « الحتمي بأهلك » ولم يكن طلاقا غير هذا ولم يكن النبي ﷺ يطلق ثلاثا فيكون غير طلاق السنة فقال لا أدري، وكذلك قوله اعتدي واستبرئي رحك لا يختص الثلاث فإن ذلك يكون من الواحدة كما يكون من الثلاث، وقد روى أبو هريرة عن رسول الله ﷺ أنه قال لسودة ابنة زمعة اعتدي فجعلها تطليمة وروى هشيم أنبأنا الأعمش عن المنهال بن عمرو أن نعيم بن دجاجة لاسدى طلق امرأته تطليقتين ثم قال هي علي حرج وكتب في ذلك إلى عمر بن الخطاب فقال أما إنها ليست بأهونهن وأما سائر اللفظات فإن قلنا هي ظاهرة فلان معناها معنى الظاهرة فإن قوله لا سبيل لي عليك ولا سلطان لي عليك إنما يكون في المبتونة أما الرجعية فله عليها سبيل وسلطان وقوله أنت حرة أو أعتقتك يقتضي ذهاب الرق عنها وخلوصها منه والرق ههنا النكاح، وقوله أنت حرام يقتضي بينونها منه لأن الرجعية غير محرمة وكذلك حالات الأزواج لملك بذت مني وكذلك سائرهما وإن قلنا هي واحدة فلائها المحتملة فإن قوله حالات للأزواج أي بعد انقضاء عدتك اذ لا يمكن حملها قبل ذلك والواحدة تحملها وكذلك انكحي من شئت وسائر الألفاظ يتحقق معناها بعد قضاء عدتها

(القسم الثالث) الحفية نحو اخرجني واذهي وذوقي وتجرعي وانت مخلاة واختاري ووهبتك لأهلك وسائر ما يدل على الفرقة ويؤدي معنى الطلاق سوى ما تقدم ذكره فهذه ثلاث أن نوى ثلاثا واثنان أن نواهما وواحدة أن نواها أو أطلق قال أحمد مظهر من الطلاق فهو على ما ظهر وما غني به الطلاق

والسراح فينبني على الخلاف فيه، فمن جعله صريحا أوقع به الطلاق من غير نية ومن جعله كناية لم يوقع به الطلاق حتى ينويه ويكون بمنزلة الكنايات الحفية، فإن قال أردت بقولي فارتكت أي بجسمي أو بقلبي أو بمذهبي أو سرحتك من يدي أو شغلي أو من حبسي أو سرحت شعرك قبل قوله

(مسئلة) (فإن نوى بقوله أنت طالق من وثاق أو أراد أن يقول طاهر فسبق لسانه أو أراد أنها مطلقه من زوج كان قبله لم تطلق فإن ادعى ذلك دين، وهل يقبل في الحكم؟ على روايتين إلا أن يكون في حال الغضب أو بعد سؤالها الطلاق فلا يقبل)

إذا نوى بقوله أنت طالق من وثاق أو قال أردت أن أقول طلبتك فسبق لساني فقلت طلبتك أو نحو ذلك دين فيما بينه وبين الله تعالى (فتى علم من نفسه ذلك لم يقع عليه فيما بينه وبين ربه) قال أبو بكر لا خلاف عن أبي عبد الله أنه إذا أراد أن يقول لزوجه اسقيني ماء فسبق لسانه فقال أنت طالق أو أنت حرة أنه لا طلاق فيه ونقل ابن منصور عنه أنه سئل عن رجل حلف فيجري على لسانه غير ما في قلبه فقال أرجو أن يكون الأمر فيه واسعا، وهل تقبل دعواه في الحكم؟ ينظر فإن كان في حال الغضب أو سؤالها الطلاق لم يقبل في الحكم لأن لفظه ظاهر في الطلاق وقربة حاله تدل عليه فكانت دعواه

فهو على معاني مثل حبلك على غاربك اذا نوى واحدة او اثنتين او ثلاثا فهو على ما نوى ومثل لا سبيل لي عليك، واذا نص في هاتين على انه يرجع الى نيته فكذلك سائر الكنايات وهذا قول الشافعي وقال أبو حنيفة لا يتم اثنتان وان نواهما وقع واحدة وقد تقدم ذكر ذلك، وان قال انت واحدة فهي كناية خفية لسكنها لا يقع بها الا واحدة وان نوى ثلاثا لانها لا تحتل غير الواحدة وان قال اغناك الله فهي كناية خفية لانه يحتل اغناك الله بالطلاق اقول الله تعالى (وان يفرقايض الله كلا من سعته)

(فصل) والطلاق الواقع بالكنايات رجعي ما لم يقع الثلاث في ظاهر المذهب وهو قول الشافعي وقال أبو حنيفة كلها بوائن الا اعتدي واستبرئي رحمك وانت واحدة لانها تقتضي البيونة فتقع البيونة كقوله انت طالق ثلاثا

ولنا انه طلاق صادق مدخول بهان غير عوض ولا استيفا، عدد فوجب ان يكون رجعي كاصريح الطلاق وما سلموه من الكنايات وقولهم انها تقتضي البيونة قلنا فينبغي ان تبين بثلاث لان المدخول بها لا تبين الا بثلاث او عوض

(فصل) فأما مالا يشبه الطلاق ولا يدل على الفراق كقوله اقعدني وقومي وكلني واشربي واقربي واطعميني واسقيني وبارك الله عليك وغفر الله لك وما احسنك واشباه ذلك ليس بكناية ولا تطلق به وان نوى لان اللفظ لا يحتمل الطلاق فلو وقع الطلاق به لوقع بمجرد الذية وقد ذكرنا انه لا يقع بها وبهذا

مخالفة للظاهر من وجهين فلا تقبل وان لم يكن في هذه الحال فظاهر كلام أحمد في رواية ابن منصور وأبي الحارث أنه يقبل قوله وهو قول جابر بن زيد والشعبي والحكم حكاه عنهم أبو حفص لانه فسر كلامه بما يحتمله احتمالا غير بعيد فقبل كلوا قال أنت طالق أنت طالق وقال أردت بالثانية انهما، وقال القاضي فيه روايتان (احدهما) التي ذكرناها قال وهي ظاهر كلام أحمد (والثانية) لا يقبل وهو مذهب الشافعي لانه خلاف ما يقتضيه الظاهر في العرف فلم يقبل في الحكم كالأقرب عشرة ثم قال زيوفاً أو صغاراً أو الى شهر، فاما ان صرح بذلك في اللفظ فقال طلقك من وثاقي أو فارقتك بجسمي أو سرحتك من يدي فلا شك أن الطلاق لا يقع لان ما يتصل بالكلام يصرفه عن مقتضاه كالاستثناء والشرط وذكر أبو بكر في قوله أنت مطلقة إن هو نوى أنها مطلقة طلاقاً ماضياً من زوج كان قبله لم يكن عليه شيء، وان لم ينو شيئاً فعلى قولين احدهما يقع والثاني لا يقع وهذا من قوله يقتضي ان تكون هذه اللفظة غير صريحة في أحد القولين قال القاضي والمنصوص عن أحمد انه صريح وهو صحيح لان هذه متصرفه من لفظ الطلاق فكانت صريحة فيه كقوله انت طالق، فان قال أردت بقولي أنها مطلقة من زوج كان قبلي ففيه وجه ثالث أنه يقبل ان كان وجد لان كلامه يحتمله ولا يقبل ان لم يكن وجد لانه لا يحتمله وقد ذكرنا في ذلك روايتين غير هذا الوجه

قال أبو حنيفة ، واختلف أصحاب الشافعي في قوله كلي واشربي فقال بعضهم كفوا لنا وقال بعضهم هو كناية لانه يحتمل كلي ألم الطلاق واشربي كأس الفراق فوقع ؛ كقولنا ذوقي وتجري ولنا ان هذا اللفظ لا يستعمل بمفرده الا فيما لا ضرر فيه كمنحو قوله ته الى (كلوا واشربوا هنيئا بما كنتم تعملون - وقال - فكلوه هنيئا مريئا) فلم يكن كناية بقوله اطعميني ، وفارق ذوقي وتجري فانه يستعمل في المنكاره كقول الله تعالى (ذق انك انت العزيز الكريم - وذوقوا عذاب الحريق - وذوقوا من سقر) وكذلك التجرع قل الله تعالى (يتجرعه ولا يكاد يسيغه) فلم يصح ان يلحق بهما ما ليس مثلها (فصل) فان قل انا منك طالق أو جعل امرأته بيدها فقالت انت طالق لم تطلق زوجته نص عليه في رواية الاثرم وهو قول ابن عباس والنوري وأبي عبيد وأصحاب الرأي وابن المنذر وروي ذلك عن عثمان بن عفان رضي الله عنه ، وقال مالك والشافعي تطلق اذا نوى به الطلاق وروي نحو ذلك عن عمر وابن مسعود وعطاء والنخعي وأمامهم واسحاق لان الطلاق ازالة النكاح وهو مشترك بينهما فاذا صح في أحدهما صح في الآخر ولا خلاف في انه لا يقع به الطلاق من غير نية ولنا انه محل لا يقع الطلاق باضافته اليه من غير نية فلم يقع وان نوى كالاجنبي ولانه لو قال : أنا طالق ولم يقل منك لم يقع ولو كان محلا لطلاق لوقع بذلك كالمرأة ولان الرجل مالك في النكاح والمرأة مملوكة فلم يقع ازالة المالك باضافة لارالة إلى المالك كالتق ، وبدل على هذا ان الرجل لا يوصف بأنه مطلق بخلاف المرأة ، وجاء رجل الى ابن عباس فقل ملكت امرأتي أمرها فطلقتني ثلاثا فقال ابن عباس خطا الله نواها ان الطلاق لك وليس لها عليك ، رواه أبو عبيد والاثرم واحتج به أحمد

﴿مسئلة﴾ (ولو قيل له اطلقت امرأتك فقال نعم وأراد الكذب طلقت ولو قيل له ألك امرأة قال لا وأراد الكذب لم تطلق)

أما اذا قيل له اطلقت امرأتك قال نعم أو قيل له امرأتك طالق فقال نعم طلقت امرأته وإن لم ينو وهذا الصحيح من مذهب الشافعي واختاره المازني لان نعم صريح في الجواب والصريح للفظ الصريح صريح ، الا ترى لو قيل له لفلان عليك الف؟ قال نعم وجب عليه فان قيل له اطلقت امرأتك فقال قد كان بعض ذلك وقال أردت الايفاع وقع وان قل أردت أنني طلقتها بشرط قبل لان ما قاله محتمل وان قال أردت الاخبار عن شيء ماض أو قيل له ألك امرأة فقال قد طلقتها ثم قال انما أردت أنني طلقتها في نكاح آخر دين فيما بينه وبين الله تعالى وأما في الحكم فان لم يكن وجد ذلك منه لم يقبل وان كان وجد فعلى وجهين ، وأما اذا قيل له ألك امرأة فقال لا وأراد به الكذب لم يلزمه شيء لان قوله لي امرأة كناية يفقر الى نية الطلاق واذا نوى الكذب فأنوى الطلاق فلم يقع وهكذا لو نوى أنه ليس لي امرأة بخدمني أو ترضيني أو انني كمن لا امرأة له أرم ينو شيئا لم تطلق لعدم النية المشترطة في الكناية وإن أراد بهذا اللفظ طلاقها طلقت لانها كناية صحبتها النية وبهذا قال الزهري ومالك وحماد بن ابي سليمان

(فصل) وان قال أنا منك بائن أو بري، فقد توفت أحد فيه، قال أبو عبد الله بن حامد يخرج على زوجين (أحدهما) لا يقع لان الرجل محل لا يقع الطلاق باضافة صريحه اليه فلم يقع باضافة كنيائيه اليه كالأجنبي (والثاني) يقع لان لفظ البيئونة والبراءة يوصف بها كل واحد من الزوجين، يقال بان منها وبانت منه وري، منها ورئت منه وكذلك لفظ الفرقة يضاف اليهما قال الله تعالى (وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته) وقال تعالى (يفرقون به بين المرء وزوجه) ويتال فارقت المرأة وفارقها ولا يتال طلنته ولا سرحته ولا نطامها ولا تسرحا

وان قال أنا بائن ولم يقل منك فذكر القاضي فيما اذا قال لها أمرك بيدك فقالت أنت بائن وام تقل مني انه لا يقع وجهاً واحداً، وان قالت أنا بائن ونوت وقم وان قالت أنت مني بائن فعلى الزوجين فيخرج ههنا مثل ذلك

مسئلة قال (واذا أتى بصريح الطلاق لزمه نواه أو لم ينوه)

قد ذكرنا ان صريح الطلاق لا يحتاج الى نية بل يقع من غير قصد ولا خلاف في ذلك، ولان ما يعتبر له القول يكتفي فيه به من غير نية إذا كان صريحاً فيه كالبيع وسواء قصد المزح أو الجد لقول النبي ﷺ «ثلاث جدهن جد وهزلن جد: النكاح والطلاق والرجعة» رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن، قال ابن المنذر أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن جد الطلاق وهزله سواء. روي هذا عن عمر بن الخطاب وابن مسعود ونحوه عن عطاء وعبيدة وبه قال الشافعي وأبو عبيد

وأبو حنيفة والشافعي وقال أبو يوسف ومحمد لا تطلق لان هذا ليس بكناية ولكنه خبر هو كاذب فيه وليس بايقاع

ولنا انه محتمل للطلاق لانه اذا طلقها فليست له بامراة فأشبهه قوله انت بائن وغيره من الكنايات الظاهرة وبهذا يبطل قولهم

(فصل) فلما لفظة الاطلاق فليست صريحة في الطلاق لانها لم يثبت لها عرف الشرع ولا الاستعمال فاشبهت سائر كنيائاته، وذكر القاضي فيها احتمالاً انها صريحة لانه لا فرق بين فعلات وافعال نحو عظمتها واعظمتها وكرمتها وكرمتها وليس هذا الذي ذكره مطرداً فانهم يقولون حييته من التحية وحييته من الحياة واصدقت المرأة صداقاً وصدقت حديثها تصديقاً ويفرقون بين اقبل وقبل ودبر وادبر وبصر وابصر ويفرقون بين المعاني الخلفية بحركة او حرف فيقولون حمل لما في البطن وبالكسر لما على الظهر والوقر بالفتح الثقيل في الاذن وبالكسر لنقل الحمل، وههنا فرقوا بين قيد النكاح بالنضيف في احدهما والمهزة في الآخر ولو كان معنى اللفظين واحداً لقل طلقت الاسير والفرس والطائر فهو طالق وطلقت الدابة فهي طالق ومطقة ولم يسمع هذا في كلامهم وهذا مذهب الشافعي

قال أبو عبيد وهو قول سفيان وأهل العراق ، فأما لفظ الفراق والسراح فيذني على الخلاف فيه فمن جعله صريحاً أو وقع به الطلاق من غير نية ومن لم يجعله صريحاً لم يقع به الطلاق حتى ينويه ويكون بمنزلة الكنايات الخفية

(فصل) فإن قال الاعجمي لامرأته أنت طالق ولا يفهم معناه لم نطابق لانه ليس بمختار للطلاق فلم يقع طلاقه كالمكره ، فإن نوى موجهه عند أهل العربية لم يقع أيضاً لانه لا يصح منه اختيار ما لا يملكه ولذلك لو نطق بكلمة الكفر من لا يعلم معناها لم يكفر ، ويحتمل أن تطابق إذا نوى موجهها لانه لفظ بالطلاق ناوباً موجهه فأشبهه العربي ، وكذلك الحكم إذا قل العربي بهشتم وهو لا يعلم معناها

(فصل) فإن قال لزوجته وأجنبية إحداكما طالق أو قال لحاته ابنتك طالق ولها بذت سوى امرأته ، أو كان اسم زوجته زينب فقال زينب طالق طلعت زوجته لانه لا يملك طلاق غيرها فإن قال أردت الأجنبية لم يصادق نص عليه أحمد في رجل تزوج امرأة فقال لحاته ابنتك طالق وقال أردت ابنتك الأخرى التي ليست بزوجتي فقال يحنث ولا يتزل منه وقال في رواية أبي داود في رجل له امرأتان اسمهما فاطمة فماتت إحداهما فقال فاطمة طالق ينوي الميتة فقال الميتة تطلق ؟ قال أبو داود : كأنه لا يصدق في الحكم

وقال القاضي فيما إذا نظر الى امرأته وأجنبية فقال إحداكما طالق وقال أردت الأجنبية فهل يقبل ؟ على روايتين ، وقال الشافعي يقبل ههنا ولا يقبل فيما إذا قال زينب طالق وقال أردت أجنبية

﴿ مسألة ﴾ (وإن لطم امرأته أو أطعمها أو أسفاها وقال هذا طلاقك طلقت إلا أن ينوي أن هذا سبب طلاقك أو نحو ذلك لان هذا اللفظ كناية في الطلاق إذا نواه به وقع ولا يقع من غير نية أو دلالة حال لانه اضاف اليها الطلاق فوقع بها كما لو قال أنت طالق)

وقال ابن حامد تطلق من غير نية لان تقديره أوقعت عليك طلاقاً هذا الضرب من أجله فملى قوله يكون صريحاً وقال أكثر الفقهاء ليس بكناية ولا يقع به طلاق وإن نوى لان هذا لا يؤدي معني الطلاق ولا هو سبب له ولا حكم فيه فلم يصح التعبير به منه كما لو قال غفر الله لك . ولنا على انه كناية انه يحتمل هذا التفسير الذي ذكره ابن حامد ويحتمل أن يكون سبباً للطلاق لكون الطلاق معاقباً عليه فصح أن يعبر به عنه ولان الكناية ما احتملت الطلاق وهذا يحتمله لانه يجوز أن يكون قد علق طلاقها فلما فعله قال هذا طلاقك اخباراً لها فلزمه ذلك كقوله اعتدى ، ويدل على أنه ليس بصريح أنه احتاج إلى التقدير والصريح لا يحتاج إلى تقدير فيكون كناية ، فإن نوى أن هذا سبب طلاقك أو نحو ذلك فلا تطلق لانه إذا أراد سبب الطلاق جاز أن يكون سبباً له في زمان بعد هذا الزمان

﴿ مسألة ﴾ (وإن قال أنت طالق لا شيء أو ليس بشيء أو لا يلزمك طلقت)

وكذلك إن قال أنت طالق طلقه لا تقع عليك أو طالق طمئة لا ينقض بها عدد طلاقك لان ذلك

اسمها زينب لان زينب لا يتناول الاجنبية بصريحه بل من جهة الدليل وقد عارضه دليل آخر وهو أنه لا يطلق غير زوجته فصار اللفظ في زوجته أظهر فلم يقبل خلافه، فأما اذا قال احدهما فانه يتناول الاجنبية بصريحه ، وقال أصحاب الرأي وأبو ثور يقبل في الجميع لانه فسر كلامه بما يحتمله

ولنا أنه لا يحتمل غير امرأته على وجه صحيح فلم يقبل تفسيره بها كما لو فسر كلامه بما لا يحتمله وكما لو قال زينب طالق عند الشافعي وما ذكره من الفرق لا يصح فان احدا كما ليس بصريح في واحدة منها انما يتناول واحدة لا بينهما وزينب يتناول واحدة لا بينهما ثم تعينت الزوجة لكونها محل الطلاق وخطاب غيرها به عبت كما اذا قال احدا كما طالق ثم لو تناولها بصريحه لكنه صرفه عنها دليل فصار ظاهراً في غيرها ، ولما قال النبي ﷺ للملاعنين « أحدكما كاذب » لم ينصرف إلا الى الكاذب منها وحده ولما قال حسان يعني النبي ﷺ وأبا سفيان « نشر كما لخبر كما الفداء » لم ينصرف شرهما إلا الى أبي سفيان وحده وخبرهما النبي ﷺ وحده وهذا في الحكم ، أما فيما بينه وبين الله تعالى فيدين فيه ففى علم من نفسه أنه أراد الاجنبية لم تطلق زوجته لان اللفظ محتمل له ، وإن كان غير مقيد ولو كانت ثم قرينة دالة على ارادته الاجنبية مثل أن يدفع بيمينه ظمناً أو يتخاص بها من مكروه قبل قوله في الحكم لوجود الدليل الصارف اليها وإن لم ينو زوجته ولا الاجنبية طلقت زوجته، لانها محل الطلاق واللفظ يحتملها ويصلح لها ولم يصرفه عنها فوقع به كما لو نواها

(فصل) فان كانت له امرأتان حفصة وعمرة فقال يا حفصة فأجابته عمره فقال أنت طالق فان لم

ورفع لجميع ما أوقعه فلم يصح كاستثناء الجميع ، وإن كان ذلك خبراً فهو كذب لان الواحدة إذا أوقعها وقعت وهذا مذهب الشافعي ولا نعلم فيه مخالفاً

﴿مسئلة﴾ (وإن قال أنت طالق أولاً؟ أو طالق واحدة أولاً؟ لم تطلق)

لان هذا استفهام فاذا اتصل به خرج عن أن يكون لفظاً لا يقع ويخالف المسئلة قبلها لانه ايقاع ويحتمل أن يقع لان لفظه لا يقع لا لفظ الاستفهام لان لفظ الاستفهام يكون بالهمزة أو نحوها فيقع ما أوقعه ولا يرتفع بما ذكره بعده كالتي قبلها ، وكذلك إن قال أنت طالق واحدة أولاً؟ وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف وهو قياس قول الشافعي وقال محمد في هذه تقع واحدة لان قوله أولاً يرجع الى ما يليه من اللفظ وهو واحدة دون لفظ الايقاع ولا يصح لان واحدة صفة للطلقة الواقعة فلما اتصل بها رجع اليها فصار كقوله أنت طالق أولاً؟

﴿مسئلة﴾ (وإن كتب طلاق امرأته ونوى الطلاق وقع وإن نوى تجويد خطه أو غم أهله لم يقع وهل تقبل دعواه في الحكم؟ على روايتين)

إذا كتب طلاق زوجته ونوى الطلاق طلقت زوجته وبهذا قال الشعبي والنخعي والزهري والحكم (المغني والشرح الكبير) (٣٦) (الجزء الثامن)

تكن له نية أو نوى المحببة وحدها طلقت وحدها لانها المطابقة دون غيرها ، وإن قال ما خاطبت بقولي أنت طالق الاحفصة وكانت حاضرة طنقت وحدها ، وإن قال علمت أن المحببة عمره فخاطبتها بالطلاق وأردت طلاق حفصة طلقنا معا في قولهم جميعا ، وإن قال ظننت المحببة حفصة فطلقتها طلقت حفصة رواية واحدة وفي عمره روايتان :

(احدهما) تطلق أيضا وهو قول النخعي وقتادة والاوزاعي وأصحاب الرأي واختاره ابن حامد لانه خاطبها بالطلاق وهي محل له فطلقت كما لو قصدتها

(والثانية) لا تطلق وهو قول الحسن والزهرري وأبي عبيد ، قال احمد في رواية : هنا في رجل له امرأتان فقال فلانة أنت طالق فالتفت فاذا هي غير التي حلف عليها قال : قال ابراهيم يظن ان الحسن يقول تطلق التي نوى قبل له ماتقول أنت ؟ قال تطلق التي نوى ووجهه أنه لم يقصد بها بالطلاق فلم تطلق كما لو أراد أن يقول أنت طاهر فسبق لسانه فقال أنت طالق ، وقال أبو بكر لا يختلف كلام احمد أنها لا تطلق ، وقال الشافعي تطلق المحببة وحدها لانها مخاطبة بالطلاق فطلقت كما لو لم ينو غيرها لا تطلق المنوية لانه لم يخاطبها بالطلاق ولم تعترف بطلاقها وهذا يبطل بما لو علم أن المحببة عمره فان المنوية تطلق إرادتها الطلاق ولولا ذلك لم تطلق بالإعتراف به لان الاعتراف بالإيجاب لا يوجب ولان الغائبة مقصودة بلان الطلاق فطلقت كما لو علم الحال

وأبو حنيفة ومالك وهو المنصوص عن الشافعي وذكر بعض أصحابه أن له قولاً آخر أنه لا يقع به طلاق وإن نواه لانه فعل من قادر على النطق فلم يقع به الطلاق كالإشارة

ولنا أن الكتابة حروف يفهم منها الطلاق فاذا أتى فيها بالطلاق وفهم منها ونواه وقع كاللفظ ولان الكتابة تقوم مقام الكاتب بدلالة أن النبي ﷺ كان مأموراً بتبليغ رسالته فجعل ذلك في حق البعض بالقول وفي حق آخرين بالكتابة الى ملوك الاطراف ولان كتاب القاضي يقوم مقام لفظه في اثبات الديون والحقوق فان نوى بذلك تجويد خطه أو تجربة قلمه لم يقع لانه لو نوى باللفظ غير الايقاع لم يقع فالكتابة أولى ، وإذا ادعى ذلك دين فيما بينه وبين الله تعالى ويقبل في الحكم في أصح الوجهين لان ذلك يقبل في اللفظ الصريح في أحد الوجهين فهنا مع أنه ليس بلفظ أولى ، وإن قال نويت غم أهلي فقد قال في رواية أبي طالب فيمن كتب طلاق زوجته ونوى الطلاق وقع ، وإن أراد أن يغم أهله فقد عمل في ذلك أيضاً يعني أنه يؤخذ به لقول النبي ﷺ « غمي لامتي عما حدثت به أنفسها ما لم تكلم أو تعمل به » فظاهر هذا أنه أوقع الطلاق لان غم أهله يحصل بالطلاق فيجتمع غم أهله ووقوع طلاقه كما لو قال أنت طالق يريد به غمها ، ويحتمل أن لا يقع لانه أراد غم أهله بتوهم الطلاق دون حقيقته فلا يكون ناوياً للطلاق والخبر انما يدل على مؤاخذته بما نواه عند العمل به أو الكلام وهذا لم ينو طلاقاً فلا يؤخذ به

(فصل) وإن أشار الى عمرة فقال يا حفصة أنت طالق وأراد طلاق عمرة فسبق لسانه الى نداء حفصة طالت عمرة وحدها لانه لم يرد بلفظه الا طلاقها وانما سبق لسانه الى غير ما أراد فأنشبهه ما لو أراد أن يقول أنت طاهر فسبق لسانه الى أنت طالق، وإن أتى باللفظ مع علمه أن المشار اليها عمرة طلقنا معا عمرة بالإشارة اليها وإضافة الطلاق اليها وحفصة بنيتها وبلفظه بها، وإن ظن أن المشار اليها حفصة طالت حفصة وفي عمرة روايتان كالتي قبلها

(فصل) وإن لقي أجنبية ظنّها زوجته فقال: فلانة أنت طالق فإذا هي أجنبية طلقت زوجته نص عليه أحمد، وقال الشافعي لا تطلق لانه خاطب بالطلاق غيرها فلم يقع كما لو علم أنها أجنبية فقال أنت طالق

ولنا انه قصد زوجته بانظ الطلاق فطلقت كما لو قال علمت انها أجنبية وأردت طلاق زوجتي وإن قال لها أنت طالق ولم يذكر اسم زوجته احتمل ذلك أيضا لانه قصد امرأته بلفظ الطلاق، واحتمل أن لا تطلق لانه لم يخاطبها بالطلاق ولا ذكر اسمها معه وإن علمها أجنبية وأراد بالطلاق زوجته طلقت، وإن لم يردّها بالطلاق لم تطلق

(فصل) وإن لقي امرأته فظنّها أجنبية فقال أنت طالق أو تنحي يا مطلقة أو لني أمتة فظنّها أجنبية فقال أنت حرة أو تنحي باحرة فقال أبو بكر فيمن لقي امرأته فقال تنحي يا مطلقة أو باحرة وهو لا يعرفها فإذا هي زوجته أو أمتة لا يقع بهما طلاق ولا حرية لانه لم يردّ بهما ذلك فلم يقع بهما شيء.

﴿مسئلة﴾ (وإن لم ينو شيئا)

فقال أبو الخطاب قد خرجها القاضي والشريف في الارشاد على روايتين (احدها) يقع وهو قول الشعبي والنخعي والزهري والحنابلة لا ذكرنا من أن الكتابة تقوم مقام اللفظ (والثانية) لا يقع إلا بنية وهو قول أبي حنيفة ومالك ومنصوص الشافعي لأن الكتابة محتملة فانه يقصد بها تجربة القلم أو تجويد الخط وغم الأهل فلم يقع من غير نية ككتابات الطلاق

﴿مسئلة﴾ (وإن كتبه بشيء لا يبين مثل بأصبعه على وسادة أو في الهواء فظاهر كلام أحمد أنه لا يقع) وقال أبو حفص العكبري يقع، ورواه الأثرم عن الشعبي لانه كتب حروف الطلاق فأنشبه ما لو كتبه بشيء يبين والاول أولى لأن الكتابة لا تبين كالمس بالقم بما لا يستبين وثم لا يقع فنهنا أولى

(فصل) ولا يقع الطلاق بغير لفظ الا في موضعين (احدهما) إذا كتب الطلاق ونواه وقد ذكرناه (الثاني) من لا يقدر على الكلام كالأخرس إذا طلق بالإشارة طلقت زوجته وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم لانه لا طريق له الى الطلاق الا بالإشارة فقامت اشارته مقام النطق

كسبق اللسان إلى ما لم يردده، ويحتمل أن لا تعتق الأمة لان العادة من الناس مخاطبة من لا يعرفها بقوله يا حرة وتطلق الزوجة لعدم العادة بالمخاطبة بقوله يا مطانة

(فصل) فأما غير الصريح فلا يقع الطلاق به إلا بنية أو دلالة حال، وقال مالك الكنايات الظاهرة كقوله أنت بائن وبينة وبنته وحرام يقع بها الطلاق من غير نية قال القاضي في الشرح وهذا ظاهر كلام أحمد والخرفي لأنها مستعملة في الطلاق في العرف فصارت كالصريح

ولنا أن هذه كناية لم تعرف بارادة الطلاق بها ولا اختصت به فلم يقع الطلاق بها بمجرد اللفظ كسائر الكنايات، وإذا ثبت اعتبار النية فإنها تعتبر بمقارنة اللفظ فإن وجدت في ابتدائه وعربت عنه في سائر وقم الطلاق، وقال بعض أصحاب الشافعي لا يقع فلو قال أنت بائن بنوي الطلاق وعربت نيته حين قال أنت بائن لا يقع لان القدر الذي صاحبه النية لا يقع به شيء

ولنا أن ما تعتبر له النية يكفى فيه بوجدها في أوله كالصلاة وسائر العبادات فاما ان تلفظ بالكناية غير ناو ثم نوى بها بعد ذلك لم يقع بها الطلاق ونحو لو نوى الطهارة بالغسل بعد فراغه منه

(مسألة) قال (ولو قيل له ألك امرأة ؟ فقال لا وأراد به الكذب لم يلزمه شيء ولو قال قد طلقته وأراد به الكذب لزمه الطلاق)

انما لم يلزمه إذا أراد الكذب لان قوله مالي امرأة كناية تنتمى إلى نية الطلاق، وإذا نوى الكذب فما نوى الطلاق فلم يقع وهكذا لو نوى أنه ليس لي امرأة تخدمني أو ترضيني أو اني كن

من غيره فيه كالنكاح، وأما القادر فلا يصح طلاقه بالاشارة كما لا يصح نكاحه بها فان أشار الاخرس باصابعه الثلاث لم يقع الا واحدة لان اشارته لا تكفي

(مسألة) (وصريح الطلاق في لسان المعجم بهشتم)

فاذا أتى بها المعجم وقع الطلاق منه بغير نية وقال النخعي وأبو حنيفة هو كناية لا تطاق به إلا بنية لان معناه وخيلتك وهذه اللفظة كناية

ولنا أن هذه اللفظة بلسانهم موضوعة للطلاق ويستعملونها فيه فأشبهه لفظ الطلاق بالعربية ولو لم تكن هذه صريحة لم يكن في المعجمة صريح في الطلاق وهذا بعيد ولا يضر كونها بمعنى خيلتك فان معنى طلقتك خيلتك أيضاً إلا أنه لما كان موضوعاً له تستعمل فيه كان صريحاً كذا هذه ولا خلاف في أنه إذا نوى بها الطلاق كانت طلاقاً كذلك قال الشعبي والنخعي والحسن ومالك والثوري وأبو حنيفة وزفر والشافعي فان قاله العربي ولا يفهمه أو طلق لم يقع لانه لم يختر الطلاق لعدم علمه بمعناه، وان نوى موجبه فعلى وجهين (أحدهما) لا يقع لانه لا يتحقق اختياره لما لا يعلمه فأشبهه ما لو نطق بكلمة الكفر فانه لا يعرف معناها (والثاني) يقع لانه أتى بالطلاق ناوياً مقتضاه فوقع كما لو علمه

لا امرأة له أو لم ينو شيئاً لم نطاق لعدم النية المسترطة في الكناية ، وإن أراد بهذا اللفظ طلاقاً طلقت لانها كناية صاحبها النية وبهذا قال الزهري ومالك وحماد بن أبي سليمان وأبو حنيفة والشافعي وقال أبو يوسف ومحمد لا نطاق فإن هذا ليس بكناية وإنما هو خبر هو كاذب فيه وليس بايقاع ولنا أنه محتمل للطلاق لأنه إذا طلقها فليست له امرأة فأشبهه قوله أنت بائن وغيرها من الكنايات الظاهرة وهذا يبطل قولهم . فاما ان قال طلقها وأراد الكذب طلقت لان لفظ الطلاق صريح يقع به الطلاق من غير نية ، وإن قال خليتها أو ابتها افتر إلى النية لانه كناية لا يقع به الطلاق من غير نية (فصل) فان قيل له أطلقت امرأتك؟ فقال نعم أو قيل له امرأتك طالق؟ فقال نعم طلقت امرأتك ، وإن لم ينو وهذا الصحيح من مذهب الشافعي واختيار المزني لان نعم صريح في الجواب والجواب الصريح للفظ الصريح صريح ألا ترى انه لو قيل له أفلان عليك ألف؟ فقال نعم وجب عليه وإن قيل له طلقت امرأتك؟ فقال قد كان بعض ذلك وقال أردت الايتام وقم ، وإن قال أردت أي علفت طلقها بشرط قيل لانه محتمل لما قاله وإن قال أردت الاخبار عن شيء ماض أو قيل له ألك امرأة؟ فقال قد طلقها ثم قال إنما أردت أني طلقها في نكاح آخر دين فيما بينه وبين الله تعالى ، فاما في الحكم فإن لم يكن ذلك وجد منه لم يقبل لانه لا يحتمل ما قاله وإن كان وجد فلي وجبهين

(فصل) فان قال حلفت بالطلاق أو قال على يمين بالطلاق ولم يكن حلف لم يلزمه شيء فيما بينه وبين الله تعالى ولزمه ما أقر به في الحكم ، ذكره القاضي وأبو الخطاب وقال أحمد في رواية محمد ابن الحكم في الرجل يقول حلفت بالطلاق ولم يكن حلف هي كذبة ليس عليه يمين ، وذلك لان

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه والكنايات نوعان ظاهرة وهي سبعة : أنت خلية وبرية وبائن وبنة وبنة وبنة وأنت حرة وأنت الحرج . أكثر الروايات عن أبي عبد الله رحمه الله كراهية الفتيا في هذه الكنايات مع ميله إلى أنها ثلاث وحكي ابن أبي موسى في الارشاد عنه روايتين (احداها) أنها ثلاث (والثانية) يرجع إلى ما نواه واختارها أبو الخطاب وهو مذهب الشافعي قال يرجع إلى ما نوى فان لم ينو شيئاً وقعت واحدة ، ونحوه قول النخعي الا أنه قال تقع طلاقه بائنة لان لفظه يقتضي البينونة ولا يقتضي عدداً وروى حنبل عن أحمد ما يدل على هذا فانه قال يزبدها في مهرها إن أراد رجعتها ولو وقع ثلاث لم تبيح له رجعتها ولو لم تبين لم يحتج إلى زيادة في مهرها ، واحتج الشافعي بما روى أبو داود باسناده أن ركانة بن عبد يزيد طلق امرأته سهيمة البتة فأخبر النبي ﷺ بذلك وقال والله ما أردت إلا واحدة فقال النبي ﷺ « الله ما أردت الا واحدة » فقال ركانة الله ما أردت الا واحدة فردها إليه رسول الله ﷺ فطلقها الثانية في زمن عمر والثالثة في زمن عثمان قال علي بن محمد الطنافسي ما أشرف هذا الحديث لان الكنايات مع النية كالصريح فلم يقع به عند الاطلاق أكثر من واحدة كقوله أنت طالق وقال الثوري وأصحاب الرأي ان نوى ثلاثاً فثلاث وإن نوى اثنتين أو واحدة وقعت واحدة ولا يقع اثنتان لان الكناية تقتضي البينونة دون العدد والبينونة بينونتان صغرى وكبرى

قوله حلفت ليس بحلف وانما هو خبر عن الحلف فاذا كان كاذبا فيه لم يهر حالفا كما لو قال حلفت بالله وكان كاذبا واختار أبو بكر أنه يلزمه ما أقر به وحكي في زاد المسافر عن الميموني عن أحمد أنه قال اذا قل حلفت بالطلاق ولم يكن حلف يلزمه الطلاق ويرجع الى نيته في الطلاق الثلاث أو الواحد وقال القاضي معنى قول أحمد يلزمه الطلاق أي في الحكم ويحتمل أنه أراد يلزمه الطلاق اذا نوى به الطلاق فجعله كناية عنه ولذلك قال يرجع إلى نيته أما الذي قصد الكذب فلا نية له في الطلاق فلا يقع به شيء لانه ليس به صريح في الطلاق ولا نوى به الطلاق فلم يقع به طلاق كسائر الكنايات وذكر القاضي في كتاب الايمان فيمن قل حلفت بالطلاق ولم يكن حلف فهل يقع به الطلاق؟ على روايتين «مسئلة» قال (واذا وهب زوجته لاهلها فان قبلوها فواحدة يملك الرجعة ان كانت مدخولا بها وان لم يقبلوها فلا شيء)

هذا المنصوص عن أحمد في هذه المسئلة ، وبه قال ابن مسعود وعطاء ومسروق والزهرى ومكحول ومالك واسحاق وروى عن علي رضي الله عنه والنخعي ان قبلوها فواحدة بائنة وإن لم يقبلوها فواحدة رجعية ، وعن زيد بن ثابت والحسن ان قبلوها فثلاث وان لم يقبلوها فواحدة رجعية ، وروى عن أحمد مثل ذلك ، وقال ربيعة ويحيى بن سعيد وأبو الزناد ومالك هي ثلاث على كل حال قبلوها أو ردوها وقال أبو حنيفة فيها كقوله في السكناية الظاهرة قبلوها أو ردوها وكذلك قال الشافعي واختلفا ههنا بناء على اختلافهما .

قالصغرى بالواحدة والكبرى بالثلاث ولو أوقفنا اثنتين كان موجبه العدد وهي لا تقتضيه ، وقال ربيعة ومالك يقع بها الثلاث وإن لم ينو الا في الخلع أو قبل الدخول فانها تطلق واحدة لانها تقتضي البينونة والبينونة تحصل في الخلع وقبل الدخول بواحدة فلم يزد عليها لان اللفظ لا يقتضي زيادة عليها وفي غيرها يقع اثلاث ضرورة لان البينونة لا تحصل إلا بها ووجه أنها ثلاث أنه قول أصحاب رسول الله ﷺ فروى عن علي وعمر وزيد بن ثابت أنها ثلاث قال أحمد في الحلية والبرية والبينة قول علي وابن عمر قول صحيح ثلاثا قال علي والحسن والزهرى في البائن أنها ثلاث وروى النجاد بأسناده عن نافع بأسناده أن رجلا جاء الى عاصم وابن الزبير فقال ان ظئري هذا طاق امرأته البينة قبل أن يدخل بها فهل تجد ان له رخصة؟ فقالا لا واسكنا تركنا ابن عباس وأبا هريرة عند عائشة فسألهم ثم ارجع الينا فأخبرنا فسألهم فقال أبو هريرة لا تحل له حتى تسكح زوجاً غيره وقال ابن عباس هي ثلاث وذكر عن عائشة متابعتها وروى بأسناده أن عمر جمل البينة واحدة ثم جعلها بعد ثلاث تطليقات . وهذه أقوال علماء الصحابة ولم يعرف لهم مخالف في عصرهم فكان اجماعا ولانه طاق امرأته بلفظ يقتضي البينونة فوجب الحكم بطلاق تحصل به البينونة كما لو طلق ثلاثاً أو نوى الثلاث وافضاؤه الى البينونة ظاهر في قوله أنت بائن وكذا في قوله البينة لان البت القطع فكأنه قطع النكاح

ولنا على أنها لا تعلق إذا لم يقبلوها أنه تملك للبعض فانتقل إلى القبول كقوله اختاري وأمرك بيدك وكأنه كساح وعلى أنها لا تكون ثلاثاً أنه لفظ محتمل فلا يحمل على الثلاث عند الإطلاق كقوله اختاري وعلى أنها رجعية أنها طلق لمن عليها عدة بغير عوض قبل استيفاء العدد فكانت رجعية كقوله أنت طالق وقوله إنها واحدة محمول على ما إذا أطلق النية أو نوى واحدة فأما أن نوى ثلاثاً أو اثنتين فهو على ما نوى لأنها كناية غير ظاهرة فيرجع إلى نيته في عددها كسائر الكنايات ، ولا بد من أن ينوي بذلك الطلاق أو تكون ثم دلالة حال لأنها كناية والكنايات لا بد فيها من النية كذلك ، قال القاضي وينبغي أن تعتبر النية من الذي يقبل أيضاً كما تعتبر في اختيار الزوجة إذا قال لها اختاري أو أمرك بيدك إذا ثبت هذا فإن صيغة القبول أن يقول أهلها قبلناها نص عليه أحمد والحكم في هبتها لنفسها أو لاجنبي كالحكم في هبتها لأمها

(فصل) فإن باع امرأته لغيره لم يقع به طلاق وإن نوى وبهذا قال الثوري وإسحاق وقال مالك تطاق واحدة وهي أملاك بنفسها لأنه أتى بما يقتضي خروجها عن ملكه أشبهه مالو وهبها ولنا أن البيع لا يتضمن معنى الطلاق لأنه نقل ملك بعوض والطلاق مجرد إسقاط لا يقتضي العوض لم يقع به طلاق كقوله أطعنني وأسقيني

(مسئلة) قل (وإذا قال لها أمرك بيدك فهو بيدها وإن تناول ما لم يفسخ أو يطأها) وجملة ذلك أن الزوج غير بين أن يطلق بنفسه وبين أن يوكل فيه وبين أن يفوضه إلى المرأة ويجعله إلى اختيارها بدليل أن النبي ﷺ خير نساءه فأخبرته ، ومتى جعل أمر امرأته بيدها فهو بيدها

كله وكذلك يعبر به عن الطلاق الثلاث كما قالت امرأة رفاعة إن رفاعة طلقني فبت طلاقي وبتله هو من القطع أيضاً وكذلك قيل في مريم البتول لا نقطاعها عن النكاح ونهى النبي ﷺ عن التبتل وهو الانقطاع عن النكاح بالكلية وكذلك الحلية والبرية يقتضيان الحل من النكاح والبراءة منه وإذا كان اللفظ معنى فاعبره الشرع إنما يعتبره فيما يقتضيه ويؤدي معناه ولا سبيل إلى اليقونة بدون الثلاث فوقت ضرورة الوفاء بما يقتضيه لفظه ولا يمكن إيقاع واحدة بائنة لأنه لا يقدر على إيقاع ذلك بصريح الطلاق فكذلك بكنايته ولا يفرق بين المدخول بها وغيرها لأن الصحابة لم يفرقوا لأن كل لفظة أوجبت الثلاث في مدخول بها أو حبتها في غيرها كقوله أنت طالق ثلاثاً فأما حديث ركانة فإن أحمد ضعف إسنادَه فلذلك تركه ، وقوله أنت حرة يقتضي ذهاب الرق عنها وخلوصها منه والرق ههنا النكاح ، وقوله أنت الحرج يعني الحرام والائتم . قال الله تعالى (ليس على الاعمى حرج) أي اثم وأصله الضيق قال الله تعالى (فلا يكن في صدرك حرج منه) فكانه حرمها واثم نفسه في أمساكها فصار في ضيق من أمرها وإنما تكون باليقونة على ما مر

أبدأ لا ينقيد ذلك بالمجلس . روي ذلك عن علي رضي الله عنه ، وبه قال الحنك وأبو ثور وابن المنذر وقال مالك والشافعي وأصحاب الرأي هو مقصور على المجلس ولا طلاق لها بعد مفارقتها لانه تخيير لها فكان مقصوراً على المجلس كقوله اختاري

ولنا قول علي رضي الله عنه في رجل جعل أصراً بيدها قال هو لها حتى تنكح ولا نعرف له في الصحابة مخالفاً فيكون اجاباً ، ولانه نوع توكيل في الطلاق فكان على التراخي كما لو جعله لأجنبي وفارق قوله اختاري فانه تخيير فان رجع الزوج فيما جعل اليها أو قال فسخت ما جعلت اليك بطل وبذلك قال عطاء ومجاهد والشعبي والنخعي والاوزاعي واسحاق ، وقال الزهري والثوري ومالك وأصحاب الرأي ليس له الرجوع لانه ملكها ذلك فلم يملك الرجوع كما لو طافت

ولنا أنه توكيل فكان له الرجوع فيه كالتوكيل في البيع وكما لو خاطب بذلك أجنبياً ، وقولهم تملك لا يصح فان الطلاق لا يصح تملكه ولا ينتقل عن الزوج وإنما ينوب فيه غيره عنه فإذا استتاب غيره فيه كان توكيلاً لا غير ، ثم وإن سلم أنه تملك فالتملك يصح الرجوع فيه قبل اتصال القبول به كالبيع ، وإن وطئها الزوج كان رجوعاً لانه نوع توكيل والتصرف فيما وكل فيه يبطل الوكالة وإن ردت المرأة ما جعل اليها بطل كما تبطل الوكالة بفسخ التوكيل

(فصل) ولا يقع الطلاق بمجرد هذا القول ما لم ينوبه إيقاع طلاقها في الحال أو تطلق نفسها ومضى ردت الأمر الذي جعل اليها بطل ولم يقع شيء في قول أكثر أهل العلم منهم ابن عمر وسعيد بن المسيب

(مسئلة) (والخفية نحو أخرجني وأذهبني وذري وتجرمني وخليك وأنت مخلدة وأنت واحدة وأنت لي بامرأة واعتدي واعتبرني وما أشبهه واختاري ووهبتك لأهلك هذه ثلاث إن نوى ثلاثاً واثنان إن نواهما وواحدة إن نواها أو اطلق)

ما ظهر وما عني به الطلاق فهو على معنى مثل حبلك على غاربك إذا نوى واحدة أو اثنين أو ثلاثاً فهو على ما نوى . وقد ذكر الحرق في قوله حبلك على غاربك في الكنايات الظاهرة : وإن قال أنت واحدة فهي كناية خفية لكنه لا يتم بها إلا واحدة وإن نوى ثلاثاً ذكره شيخنا لأنها لا تتحمل أكثر منها ، وإن قل أغضك الله فهو كناية خفية لأنه لا يتم أغضك الله بالطلاق قال الله تعالى (وإن يفرقايهن الله فليس مني) وهذا من ذهب الشافعي ، وقال أبو حنيفة في الكنايات لا يتم اثنين وإن نواهما وتقع واحدة وقد ذكرناه

(مسئلة) (واختلاف في قوله أخقي بأهلك وحبك على غاربك وزوجي من شئت وعلت للزواج ولا سبيل لي عليك ولا سلطان لي عليك وأنت علي حرام وأنت علي حرج هل هي ظاهرة أو خفية؟ وغطي شعرك وقد أغضتك فهذه عن أحمد فيها روايتان)

(إحدهما) أنها ثلاث والآخرى ترجع إلى ما نواه وإن لم ينو شيئاً فواحدة كسائر الكنايات

وعمر بن عبد العزيز ومسروق وعطاء، وجاهد والزهرى والثوري والاوزاعي والشافعي، وقال قتادة إن ردت فواحدة رجعية

ولنا أنه توكل رده الوكيل أو تملك لم يقبله المملك فلم يقع به شيء كسائر التوكيل والتمليك فأما إن نوى بهذا تطليقها في الحال طنقت في الحال ولم يحتج إلى قبولها كما لو قال حبلك على غاربك

(مسألة) قال (فإن قالت اخترت نفسي فواحدة تملك الرجعة)

وجملة الأمر أن المملكة والخيرة إذا قالت اخترت نفسي فهي واحدة رجعية. روي ذلك عن عمر وابن مسعود وابن عباس وبه قال عمر بن عبد العزيز والثوري وابن أبي ليلى والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور، وروي عن علي أنها واحدة بائة، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه لأن تملكها إياها أمرها يقتضي زوال سلطانه عنها، وإذا قبلت ذلك بالاختيار وجب أن يزول عنها ولا يحصل ذلك مع بقاء الرجعة وعن زيد بن ثابت أنها ثلاث، وبه قال الحسن ومالك والليث إلا أن مالك قال إذا لم تكن مدخولا بها قبل منه إذا أراد واحدة أو اثنتين، وحجتهم أن ذلك يقتضي زوال سلطانه عنها ولا يكون ذلك إلا بثلاث، وفي قول مالك أن غير المدخول بها يزول سلطانه عنها بواحدة فاكتمى بها

ولنا أنها لم تطلق بل بط ثلاث ولا نوت ذلك فلم تطلق ثلاثا كما لو أتى الزوج بالكنية الخفية

الخفية، وقد قاسوا على هذه استبرئي رحمك وتقنعي فهذه في معنى المذكورة فيكون حكمها حكما. والصحيح في الحقي بأهلك أنها واحدة ولا تكون ثلاثا إلا بنية لأن النبي ﷺ قال لا بنة الجون « الحقي بأهلك » متفق عليه ولم يكن النبي ﷺ يطلق ثلاثا وقد نهى عنه أمته قال الأثرم قلت لأبي عبد الله إن النبي ﷺ قال لا بنة الجون « الحقي بأهلك » ولم يكن طلاقا غير هذا ولم يكن النبي ﷺ يطلق ثلاثا فيكون غير طلاق السنة قال لا أدري، وكذلك قوله استبرئي رحمك لمن لا تحيض ثلاث فإن ذلك يكون من الواحدة كما يكون من الثلاث، وقد روى هاشم أنا الأحفش عن المنهال بن عمر أن نعيم بن دجاجة الأسدي طلق امرأته تطليقتين ثم قال هي على حرج فكتمت في ذلك إلى عمر ابن الخطاب فقال أما أنها ليست بأهونهن، فأما سائر اللفظيات فإن قلنا هي ظاهرة فإن معناها معني الظاهرة فإن قوله لا سبيل لي عليك ولا سلطان لي عليك إنما يكون في المبتوتة. أما الرجعية فله عليها سبيل وسلطان، وقوله أعتقتك يمتضي ذهاب الرق عنها والرق ههنا النكاح، وقوله أنت علي حرام يمتضي بيموتها منه لأن الرجعية غير محرمة وكذلك قوله حلت للزواج لأنك بنت مني وكذلك سائرهما، وإن قلنا هي واحدة فأنها محتملة فإن قوله حلت للزواج أي بعد انقضاء عدتك لأنه لا يمكن حلها

(فصل) وهذا إذا لم تنو أكثر من واحدة فإن نوت أكثر من واحدة وقع مانوت لأنها تملك الثلاث بالنصريح فتملكها بالكناية كالزوج وهكذا إن أنت بشيء من الكُنَايَاتِ فحكمها فيها حكم الزوج إن كانت مما يقع بها الثلاث من الزوج وقع بها الثلاث إذا أنت بها ، وإن كانت من الكُنَايَاتِ الخفية نحو قولها لا يدخل علي ونحوها وقع مانوت

قال أحمد إذا قل لها أَمْرُكَ بِيدِكَ فقلت لا يدخل علي إلا باذن تنو في ذلك إن قالت واحدة فواحدة وإن قالت أردت أن أغضه قبل منها يعني لا يقع شيء وكذلك لو جعل أمرها في يد أجنبي فأنى بهذه الكُنَايَاتِ لا يقع شيء حتى ينوي الوكيل الطلاق ثم إن طاق بلفظ صريح ثلاثاً أو بكناية ظاهرة طلقت ثلاثاً وإن كان بكناية خفية وقع مانواه

(فصل) وقوله أَمْرُكَ بِيدِكَ وقوله اختاري نفسك كناية في حق الزوج يفتر إلى نية أو دلالة حال كما في سائر الكُنَايَاتِ فإن عدما لم يقع به طلاق لأنه ليس بصريح وإنما هو كناية فيفتقر إلى ما يفتر إليه سائر الكُنَايَاتِ وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي . وقال مالك لا يفتر إلى نية لأنه من الكُنَايَاتِ الظاهرة وقد سبق الكلام معه فيها وهو أيضاً كناية في حق المرأة إن قبلته بلفظ الكناية وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة لا يفتر وقوع الطلاق إلى نيتها إذا نوى الزوج لأن الزوج على الطلاق بمنزلة من جهتها فلم يفتر إلى نيتها كما لو قال إن تكلمت فأنت طالق فتكلمت وقال لا يقع إلا واحدة بائن وإن نوت ثلاثاً لأن ذلك تحيير والتخيير لا يدخله عدد كخيار المعنفة

قبل ذلك والواحدة تحملها وكذلك إنكحي من شئت ، وكذلك سائر الألفاظ تحقق معناها بعد انقضاء عدتها ، وذكر بعض أصحابنا اعتدى الخلف فيه والصحيح أنها من الخفية لما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال للسودة « اعتدي » متفق عليه

(فصل) فإن قل أنت طالق بائن البتة ففيه من الخلاف ما ذكرنا في الكُنَايَاتِ الظاهرة لأنه لا يحتاج إلى نية لأنه وصف بها الطلاق الصريح ، فإن قال أنت طالق لارجمة لي عليك وهي مدخول بها قال أحمد إذا قل لامرأته أنت طالق لارجمة فيها ولا مبتوتة هذه مثل الخلية والبرية ثلاثاً هكذا عندي وهو مذهب أبي حنيفة ، وإن قال ولارجمة لي فيها بالواو فكذلك وقال أصحاب أبي حنيفة تكون رجعية لأنه لم يصف الطلقة بذلك وإنما عطف عليها

ولما أن الصفة تصح مع العطف كما لو قال بعثك بشرة وهي مغربة وكان سنة فممن قال الله تعالى (إلا استعوه وهم ليمون) وإن قال أنت طالق واحدة بائناً أو واحدة بنة ففيها ثلاث روايات (أحدها) أنها واحدة رجعية ويلغو ما بعدها قال أحمد لا أعرف شيئاً متقدماً أن يواحدة تكون بائناً وهذا مذهب الشافعي لأنه وصف الطلقة بما لا تنصف به فبلغت الصفة كما لو قال أنت طالق طلقة لا تنعم عليك (والثانية) هي ثلاث قال أبو بكر وقال هو قول أحمد لأنه أنى بما يقتضي الثلاث فوقع ولغا

ولنا أنها موقعة لطلاق بلفظ الكناية فانقرر إلى نيتها كالزوج وعلى أنه يقع الثلاث إذا نوت أن اللفظ يحتمل الثلاث لأنها تختار نفسها بالواحدة وبالثلث فإذا نوباه وقع كقوله أنت بائن (مسئلة) قال (وان طلقت نفسها ثلاثا وقال لم أجعل اليها إلا واحدة لم يلتفت إلى قوله والقضاء ما قضت)

ومن قال القضاء ما قضت عثمان وابن عمر وابن عباس وروى ذلك عن علي وفضالة بن عبيد وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء والزهرى وعن عمر وابن مسعود أنها نطقه واحدة وبه قال عطاء ومجاهد والقاسم وربيعه ومالك والاوزاعي والشافعي ، وقال الشافعي ان نوى ثلاثا فلها أن تطلق ثلاثا وان نوى غير ذلك لم تطاق ثلاثا والقول قوله في نيته قال القاضي ونقل عبد الله عن أحمد ما يدل على أنه إذا نوى واحدة فهي واحدة لانه نوع تخيير فيرجع إلى نيته فيه كقوله اختاري

ولنا أنه لفظ يقتضي العموم في جميع أمرها لانه اسم جنس مضاف فيتناول الطائفت الثلاث كما لو قال داني نفسك ماشئت ولا يقبل قوله أردت واحدة لانه خلاف ما يقتضيه اللفظ ولا يدين في هذا لانه من الكنايات الظاهرة والكنايات الظاهرة تقتضي ثلاثا (مسئلة) قال (وكذلك الحكم إذا جعله في يد غيرها)

وجملة ذلك أنه إذا جعل أمر امرأته بيد غيرها صح وحكمه حكم ما لو جعله بيدها في أنه بيده في

وله واحدة كما قال أنت طالق واحدة ثلاثا (والثالثة) رواها حنبل عن أحمد إذا طلق امرأته البتة فإن أمرها بيدها يزيدا في مهرها إن أراد رجعتها فهذا يدل على أنه أوقع بها واحدة بائنا لانه جعل أمرها بيدها ولو كانت رجعية لما جعل أمرها بيدها ولو وقع ثلاث لما حلت له رجعتها قال أبو الخطاب هذه الرواية تخرج في جميع الكنايات الظاهرة فيكون مثل قول ابراهيم النخعي ووجهه أنه أوقع الطلاق بصفة البيونة فوق على ما أوقعه ولم يزد على واحدة لان لفظه لم يقتض عددا فلم يقع أكثر من واحدة كما لو قال أنت طالق ، وحمل القاضي رواية حنبل على أن ذلك بعد انقضاء العدة

(مسئلة) (ومن شرط وقوع الطلاق بها أن ينوي بها الطلاق)

يعني من شرط وقوع الطلاق بالكناية النية لطلاق لانها كناية فلا يقع بها طلاق بدون النية كالكناية الخفية ، وان لم ينو شيئا ولا دلت عليه قرينة لم يقع لانه ظاهر في غير الطلاق فلم يصرف اليه عند الاطلاق كما لا يصرف الصريح إلى غيره ، وان نوى بها الطلاق وقع وذكر القاضي أن ظاهر كلام احمد والحرقي أن الطلاق يقع بالكنايات الظاهرة من غير نية وهو قول مالك لانه اشتهر استعمالها فيه فلم يحتاج إلى نية كالصريح ومفهوم كلام الحرقي أنه لا يقع إلا بنية لانه كناية فأشبهه سائر الكنايات

المجاس وبعبده ووافق الشافعي على هذا في حق غيرها لانه توكيل وسواء قال له أمر امرأتي بيدك أو قال جملت لك الخيار في طلاق امرأتي أو قال طلق امرأتي ، وقال أصحاب أبي حنيفة ذلك مقصور على المجاس لانه نوع تخيير أشبهه ما لو قال اختاري

ولنا انه توكيل مطلق فكان على التراخي كالتوكيل في البيع ، وإذا ثبت هذا فان له أن يطلقها ما لم يفسخ أو يطؤها وله أن يطلق واحدة وثلاثا كالمرة ، وليس له أن يجعل الامر إلا بيد من يجوز توكيله وهو العاقل فأما الطفل والمجنون فلا يصح أن يجعل الامر بأيديهم فان فعل فطلق واحد منهم لم يقع طلاقه ، وقال أصحاب الرأي يصح

ولنا أنها ليسا من أهل التصرف فلم يصح تصرفهم كالو وكاهن في العتق ، وان جعله في يد كافر أو عبد صح لانه بمن يصح طلاقه لنفسه فصح توكيلها فيه ، وان جعله في يد امرأة صح لانه يصح توكيلها في العتق فصح في الطلاق كالرجل ، وان جعله في يد صبي يعقل الطلاق انبني ذلك على صحة طلاقه لزوجهه وقد مضى ذلك ، وقد نص أحمد ههنا على اعتبار كالتة بطلاقه فقال : إذا قال لصبي طلق امرأتي ثلاثا نطقها ثلاثا لا يجوز عليها حتى يعقل الطلاق ، رأيت لو كان لهذا الصبي امرأة فطلقها أكان يجوز طلاقه ؟ فاعتبر طلاقه بالوكالة بطلاقه لنفسه ، وهكذا لو جعل أمر الصغيرة والمجنونة بيدها لم تملك ذلك ، نص عليه أحمد في امرأة صغيرة قال لها أمرك بيدك فقالت اخترت نفسي ليس بشي . حتى يكون مثاها يعقل وهذا لانه تصرف بحكم التوكيل وليست من أهل التصرف وظاهر كلام أحمد أنها اذا عقلت الطلاق وقع طلاقها وان لم تبلغ

(فصل) إذا ثبت اعتبار النية فانها تعتبر بمقارنة لفظه فان وجدت في ابتدائه وعزبت عنه في سائرته وقع الطلاق ، وقال بعض أصحاب الشافعي لا يقع فلو قال أنت بائن بنوي الطلاق وعزبت نيته حين قال أنت بائن لم يقع لان القدر الذي صاحبه النية لا يقع به شيء .

ولنا أن ما يعتبر به النية يكفي فيه بوجدها في أوله كالصلوات وسائر العبادات فاما ان تلفظ بالكناية غير ناو ثم نوى بها بعد ذلك لم يقع بها الطلاق كما لو نوى الطهارة بالغسل بعد فراغه منه

(مسألة) (الا أن يأتي بها في حال الخصومة والغضب فعلى روايتين)

ذكرهما أبو بكر والفاضل وأبو الخطاب (أحدهما) يقع الطلاق ذكره الحرق . قال في رواية الميموني اذا قال لزوجه أنت حرة لوجه الله في الغضب أخشى أن يكون طلاقا

(والرواية الثانية) ليس بطلاق وهو قول أبي حنيفة والشافعي الا أن أبا حنيفة يقول في اعتدي واختاري أمرك بيدك كفولنا في الوقوع ، واحتجنا بأن هذا ليس بصريح في الطلاق ولم ينو ولم يقع به الطلاق كحال الرضا ولان مقتضى اللفظ لا يتغير بالرضا والغضب ، وبمقتضى أن ما كان من الكنايات لا يستعمل في غير الفرقة إلا نادراً نحو قوله أنت حرة لوجه الله واعتدي واستبرئي رحمك وحبلك

كما قررناه في الصبي اذا طلق وفي الصبي رواية أخرى لا يقع طلاقه حتى يبلغ فكذلك يخرج في هذه لانها مثله في المعنى والله أعلم

(فصل) فان جعله في يد اثنين أو وكل اثنين في طلاق زوجته صح وليس لاحدهما أن يطلق على الافراد الا أن يجعل اليه ذلك لانه إنما رضي بتصرفهما جميعا وبهذا قال الحسن ومالك والثوري والاوزاعي والشافعي وأبو عبيد وابن المنذر، وان طلق أحدهما واحدة والآخر ثلاثا وقعت واحدة وبهذا قال اسماعيل وقال الثوري لا يقع شيء.

وانما أنهما طلقا جميعا واحدة مأذونا فيها فصح كما لو جعل اليها واحدة

(فصل) ويصح تعليق أمرك بيدك واختاري نفسك بالشروط، وكذلك ان جعل ذلك الى أجنبي صح مطلقا ومقيداً ومعلقاً نحو أن يقول اختاري نفسك وأمرك بيدك شهراً أو اذا قدم فلان فأمرك بيدك أو اختاري نفسك يوماً أو يقول ذلك لأجنبي، قال احمد اذا قال اذا كان سنة أو أجل مسمى فأمرك بيدك فاذا دخل ذلك فأمرها بيدها وليس لها قبل ذلك أمر، وقال أيضاً اذا تزوج امرأة وقال لأبيها ان جاءك خبري الى ثلاث سنين والا فأمر ابنتك اليك، فلما مضت السنون لم يأت خبره فطلعتها الاب فان كان الزوج لم يرجع فيما جعل الى الاب فطلاقه جائز ورجوعه أن يشهدانه قد رجع فيما جعل اليه ووجه هذا انه فوض أمر الطلاق الى من يملكه فصح تعاقبه على شرط كالتوكيل الصريح فاذا صح هذا فان الطلاق الي من فوض اليه على حسب ما جعله اليه في الوقت الذي عينه له

على غاربك وأنت بائن وأشباه ذلك أنه يقع في حال الغضب وجواب سؤال الطلاق من غير نية، وما كثر استعماله لغير ذلك نحو أخرجني وأذهبني وروحي تنهني لا يقع الطلاق به الابنية ومذهب أبي حنيفة قريب من هذا، وكلام الحرقى إنما ورد في قوله أنت حرة وهو مما لا يستعمله الانسان في حق زوجته غالباً إلا كناية عن الطلاق، ولا يلزم من الا كنفاء كذلك بمجرد الغضب وقوع غيره من غير نية لان ما كثر استعماله يوجد كثيراً غير مراد به الطلاق في حال الرضاء فكذلك في حال الغضب إذ لا حرج عليه في استعماله والتكلم به بخلاف ما لم تجر العادة بذكره فانه لما قل استعماله في غير الطلاق كان مجرد ذكره يظن منه ارادة الطلاق فاذا انضم الى ذلك مجيئه عقيب سؤال الطلاق أو في حال الغضب قوى الظن فصار ظناً غالباً، ووجه الرواية الاخرى ان دلالة الحال تغير حكم الاقوال والافعال فان من قال لرجل يا عفيف ابن العفيف حال تعظيمه كان مدحاً له، وان قاله في حال شتمه وتنقصه كان قدفاً وذماً ولو قال انه لا يقدر بذمة ولا يظلم حبة خردل وما احدث في ذمته منه في حال المدح كان مدحاً بليغاً كما قال حسان

فما حملت من نائة فرق رحلها أبر وأرفى ذمة من محمد

ولو قال في حال الذم كان هجواً قبيحاً كقول الجاهلي

قبيته لا يفسدون بذمة ولا يظلمن الناس حبة خردل

لا قبله ولا بعده وللزوج الرجوع في هذا لانه عقد جائز ، قال احمد ولا تقبل دعواه للرجوع الا ببينة لانه مما يمكن اقامة البينة عليه ، فان طلق الوكيل والزوج غائب كره للمرأة التزوج لانه يحتتمل أن الزوج رجع في الوكالة وقد نص احمد على منعها من التزوج لهذه العلة ، وحمله القاضي على الاستحباب والاحتياط فان غاب الوكيل كره للزوج الوطء مخافة أن يكون الوكيل طلق ومنع منه احمد أيضا لهذه العلة ، وحمله القاضي أيضا على الاستحباب لان الاصل بقاء النكاح فحمل الامر فيه على اليقين ، وقول احمد رجوعه أن يشهد على أنه قد رجع فيما جعل اليه معناه انه لا يقبل قوله انه قد رجع اليه الا ببينة واو صدقته المرأة في انه قد رجع قبل وإن لم تكن له بينة

﴿مسئلة﴾ قال (ولو خيرها فاختارت فرقتة من وقتها والا فلا خيار لها)

أكثر أهل العلم على أن التخيير على الفور ان اختارت في وقتها والا فلا خيار لها بعده . روي ذلك عن عمر وعثمان وابن مسعود وجابر رضي الله عنهم ، وبه قال عطاء وجابر بن زيد ومجاهد والشعبي والنخعي ومالك والثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي ، وقال الزهري وقتادة وابو عبيد وابن المنذر ومالك في إحدى الروايتين هو على التراخي ولها الاختيار في المجلس وبعده ما لم يفسخ أو يوطأ ، واحتج ابن المنذر بقول رسول الله ﷺ له أشة لما خيرها «اني ذاكر لك أسراً فلا عليك أن لا تعجلي حتى تستأمرني أبوك» وهذا ينعم قصره على المجلس ، ولا يجعل أمرها اليها فاشبهه أمرك بيدك ولنا أنه قول من سمعنا من الصحابة روى النجاد بإسناده عن سعيد بن المسيب أنه قال : قضى

وقال آخر : كأن ربي لم يخلق لحشيتي سواهم من جميع الناس انسانا وهذا في هذا الموضع هجاء قبيح رذم حتى حكي عن حسان أنه قال : ما أراه إلا قد سلح عليهم ولولا القرينة ودلالة الحال كان من أحسن المدح وأبلغه ، وفي الافعال لو أن رجلا قصد رجلا بسيف والحال تدل على المزح واللعب لم يحز قتله ، ولو دلت الحال على الجذاز دفعه بالقتل والغضب ههنا على عقد الطلاق فيقوم مقامه

﴿مسئلة﴾ (وان جاء جوابا لسؤالها الطلاق فقال أصحابنا يقع بها الطلاق)

لدلالة الحال عليه فالحكم فيه كالحكم فيما اذا أتى بها في حال الغضب على ما فيه من الخلاف والتفصيل والوجه لذلك ما تقدم من التوجيه . قال شيخنا والاولى في الالفاظ التي يكثر استعمالها غير الطلاق نحو اخرجني واذهبي أنه لا يقع بها طلاق حتى ينويه بخلاف ما لا يستعمل في غير الطلاق إلا نادراً وقد ذكرنا في المسئلة التي قبلها دليل ذلك

عمر وعثمان في الرجل يخير امرأته أن لها الخيار مالم يتفرقا ، وعن عبد الله بن عمر قال ما دامت في مجلسها ، ونحوه عن ابن مسعود وجابر ولم نعرف لهم مخالفا في الصحابة فكان اجماعا ، ولأنه خيار تملك فكان على الفور كخيار القبول ، فأما الخبر فإن النبي ﷺ جعل لها الخيار على التراخي وخلافنا في المطلق ، وأما أمرك بيدك فهو توكيل والتوكيل يعم الزمان مالم يقيد به بتيد بخلاف مسئلتنا

(فصل) وقوله في وقتها أي عقيب كلامه ما لم يخرجها من الكلام الذي كانا فيه إلى غير ذكر الطلاق فإن تفرقا عن ذلك الكلام إلى كلام غيره بطل خيارها ، قال أحمد إذا قال لامرأته اختاري فلها الخيار ما داموا في ذلك الكلام فإن طال المجلس وأخذوا في كلام غير ذلك ولم تختار فلا خيار لها وهذا مذهب أبي حنيفة ونحوه مذهب الشافعي على اختلاف عنه فقل إنه ينتقد بالمجلس وقيل هو على الفور ، وقال أحمد أيضا الخيار على مخاطبة الكلام أن تجاوبه وبجاوبها إنما هو جواب كلام أن أجابته من ساعته والا فلا شيء ، ووجهه أنه تملك مطلق تأخر قبوله عن أول حال الامكن فلم يصح كما لو قامت من مجلسها فإن قام أحدهما عن المجلس قبل اختيارها بطل خيارها وقال أبو حنيفة يبطل بقيامها دون قيامه بناء على أصله في أن الزوج لا يملك الرجوع ، وعندنا أنه يملك الرجوع فبطل بقيامه كما يبطل بقيامها ، وإن كان أحدهما قائما أو شيء طل الخيار وإن لم يبطل ، والفرق بين القيام والعود أن القيام يبطل الفكر والارتياح في الخيار فيكون اعراضا والعود بخلافه ولو كانت قاعدة فاكنت أو متكنة فقدت لم يبطل لأن ذلك لا يبطل الفكرة ، وإن نشأ أحدهما بالصلاة بطل الخيار وإن كانت في صلاة فأتمها لم يبطل خيارها وإن أضافت إليها ركعتين أخريين بطل خيارها ، وإن أكلت شيئا سيرا

(فصل) فإن ادعى أنه لم ينو فلم ينصوح عن أحمد ههنا أنه لا يصدق في عدم النية . قال في رواية الحارث إذا قال لم أنوه صدق في ذلك إذا لم تكن سألته الطلاق وإن كان بينهما غضب قبل ذلك ففرق بين كونه جوابا لسؤال وكونه في حال الغضب وذلك لأن الجواب ينصرف إلى السؤال فلو قال لي عندك دينار قال نعم أو صدقت كان اقرارا به ولم يقبل تفسيره بغير الاقرار ، ولو قال زوجتك ابتئي أو بعثك ثوبي هذا قال قبأت كفي هذا ولم يحتج إلى زيادة عليه ، ولو أراد بالكنية حال الغضب أو سؤال الطلاق غير الطلاق لم يقع الطلاق لأنه لو أراده بالصريح لم يقع فالكنية أولى ، وإذا ادعى ذلك دين ، وهل يقبل في الحكم ؟ ظاهر كلام أحمد في رواية الحارث أنه يصدق وإن كان في حال الغضب ولا يصدق إن كان جوابا لسؤال الطلاق .

ونقل عنه في موضع آخر أنه قال : أنت خلية أو برية أو بائن ولم يكن بينهما ذكر طلاق ولا غضب صدق ففهومه أنه لا يصدق مع وجودهما وحكي هذا عن أبي حنيفة إلا في الأربعة المذكورة والصحيح أنه يصدق لما روى سعيد باسناده أن رجلا خطب إلى قوم فقالوا لا نزوجك حتى تطلق امرأتك فقال قد طلقت ثلاثا فزوجوها ثم أمسك امرأته فقالوا ألم تقل أنك طلقت ثلاثا؟ قال ألم تعلموا

أو قالت بسم الله أو سبحت شيئاً يسيراً لم يبطل لأن ذلك ليس باعراض، وإن قالت ادعولي شهوداً أشهدم على ذلك لم يبطل خيارها، وإن كانت رابكة فسارت بطل خيارها وهذا كله قول أصحاب الرأي (فصل) فإن جعل لها الخيار متى شئت أو في مدة فلها ذلك في تلك المدة وإذا قال اختاري إذا شئت أو متى شئت أو متى ما شئت فلها ذلك لأن هذه تفيد جعل الخيار لها في عموم الاوقات وإن قال اختاري اليوم وغداً وبعد غد فلها ذلك، فإن ردت الخيار في الأول بطل كله وكذلك إن قال لا تعجلي حتى تستأمرني أبويك ونحوه فلها الخيار على التراخي فإن النبي ﷺ قال ذلك لعائشة فدل على أن خيارها لا يبطل بالتأخير، وإن قال اختاري نفسك اليوم واختاري نفسك غداً فردته في اليوم الأول لم يبطل في الثاني، وقال أبو حنيفة لا يبطل في المسئلة الأولى أيضاً لأنها خياران في زمنين فلم يبطل أحدهما برد الآخر قياساً على المسئلة الثانية

وأما أنه خيار واحد في مدة واحدة فإذا بطل أوله بطل ما بعده كما لو كان الخيار في يوم واحد وكخيار الشرط وخيار المعققة ولا نسلم أنهما خياران وإنما هو خيار واحد في يومين، وفارق ما إذا قال اختاري نفسك اليوم واختاري نفسك غداً فإنهما خياران لأن كل واحد ثبت بسبب مفرد، ولو غيرها شهراً فاختارت نفسها ثم تزوجها لم يكن لها عليه خيار وعند أبي حنيفة لها الخيار ولنا أنها استوفت ما جعل لها في هذا العقد فلم يكن لها في عقد ثان كما لو اشترط الخيار في سلمة مدة ثم فسخ ثم اشتراها بعقد آخر في تلك المدة ولولم تختبر نفسها أو اختارت زوجها وطأها الزوج ثم تزوجها بطل خيارها لأن الخيار المذمور وطئ العقد لا يثبت في عقد سواه كفي البيع والحكم في قوله أمر بك بيديك في هذا

أني تزوجت فلانة وطلقتها ثم تزوجت فلانة ثم طلقها، ثم تزوجت فلانة وطلقتها، فسئل عثمان عن ذلك فقال: له نيته ولأنه أمر تعتبر نيته فيه فقبل قوله فيما يحتمله، كما لو كرر لفظاً وقال أردت التوكيد والله أعلم.

﴿مسئلة﴾ (ومتى نوى بالكناية الطلاق وقع بالظاهرة ثلاث وإن نوى واحدة)

هذا ظاهر المذهب لما ذكرنا من إجماع الصحابة وعنه يقع مانواه وهو مذهب الشافعي كالسكنايات الحفية ولحديث ركاة، وعنه يقع واحدة بائنة وهي رواية حنبل لما ذكرنا من قبل ويقع بالحفية مانواه لأنه محتمل وهو قول الشافعي إلا إذا قال أنت واحدة فإنه لا يقع بها إلا واحدة وإن نوى ثلاثاً لأنها لا تحتمل غير الواحدة ذكره شيخنا.

(فصل) والطلاق الواقع بالسكنايات رجعي مالم يقع به الثلاث في ظاهر المذهب وهو مذهب الشافعي. وقال أبو حنيفة كلها بوائن إلا اعتدي واستبرئي رحمك وأنت واحدة لأنها تقتضي البينونة فيقع كقوله أنت طالق ثلاثاً

ولنا أنه طلاق صادف مدخولاً بها من غير عوض ولا استيفاء عدد فوجب أن يكون رجعياً كصرح

كله كالحكم في التخيير لانه نوع تخيير ولو قال لها اختاري أو أمرك بيدك اليوم وبعد الغد فرددت في اليوم الاول لم يبطل بعد في غدا لانهما خياران ينفصل أحدهما من صاحبه فلم يبطل أحدهما بطلان الآخر بخلاف ما اذا كان الزمان متصلاً واللفظ واحداً فانه خيار واحد فبطل كله بطلان بعضه وان قال لك الخيار يوماً أو أمرك بيدك يوماً فابتدأه من حين نطق به الى مثله من الغد لانه لا يمكن استكمال يوم بتمامه لا بذلك وان قال شهراً فمن مساء نطق الى استكمال ثلاثين يوماً الى مثل تلك الساعة وان قال الشهر أو اليوم أو السنة فهو على ما بقي من اليوم والشهر والسنة

﴿مسئلة﴾ قال (وليس لها أن تختار أكثر من واحدة الا ان يجعل اليها أكثر من ذلك)

وجملة الامران لفظة التخيير لا تقتضي بطلها أكثر من تطليقة رجعية قال احمد هذا قول ابن عمر وابن مسعود وزيد بن ثابت وعائشة رضي الله عنهم وروى ذلك عن جابر وعبد الله بن عمرو وقال ابو حنيفة هي واحدة بائن وهو قول ابن شبرمة لان اختيارها نفسها يقتضي زوال سلطانها عنها ولا يكون الا بالبينونة وقال مالك هي ثلاث في المدخول بها لان المدخول بها لا تبين بأقل من ثلاث الا ان تكون بعوض

ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم فان من سمينا منهم قولوا ان اختارت نفسها فهي واحدة وهو أحق بها رواه التاجد عنهم باسانيده ولان قوله اختاري تفويض مطلق فيتناول أقل ما يقع عليه الاسم وذلك طابة واحدة ولا يجوز ان تكون بائناً لانها طلبة بغير عرض لم يكمل بها العدد بعد المدخول

الطلاق وما سواه من الكنايات وقولهم انها تقتضي البينونة قلنا فينبغي أن تبين بثلاث لان المدخول بها لا تبين إلا بعوض أو ثلاث .

﴿مسئلة﴾ (وأما ما لا يدل على الطلاق نحو كلي واشربي واقعدي واقربي وبارك الله عليك وأنت مليحة أو قبيحة وقومي وأطعيني واسقيني وغفر الله لك وما أحسنك وأشبه ذلك فليس بكناية ولا تطلق به وان نوى)

لان اللفظ لا يحتمل الطلاق فلو وقع به الطلاق وقع بمجرد النية وقد ذكرنا أنه لا يقع بها وهذا مذهب أبي حنيفة ، واختلف أصحاب الشافعي في قوله كلي واشربي فقال بعضهم كقولنا ، وقال بعضهم هو كناية لانه يحتمل كلي ألم الطلاق واشربي كأس الفراق نوقم كقوله ذوقي أو تجرعي

ولنا أن هذا اللفظ لا يستعمل بمفرده إلا فيما لا ضرر فيه كنجو قوله تعالى (كنوا واشربوا هنيئاً بما كنتم تعملون) وقال (فكلوه هنيئاً مريئاً) فلم يكن كناية كقوله أطعميني وفارق ذوقي وتجرعي

فانه يستعمل في المسكاره لقول الله سبحانه (ذق إنك أنت العزيز الكريم) وذوقوا عذاب الحريق - (المغني والشرح الكبير) (٣٨) (الجزء الثامن)

فأشبه ما لو طلقها واحدة وبخالف قوله امرك بيدك فأنه مضموم فانه اسم جنس فيتناول جميع أمرها لكن ان جعل اليها أكثر من ذلك فلها ما جعل اليها سواء جعله بانفذه مثل أن يقول اختاري ماشئت أو اختاري الطلقات الثلاث ان شئت فلها ان تختار ذلك فان قال اختاري من الثلاث ماشئت فلها ان تختار واحدة أو اثنتين وليس لها اختيار الثلاث بكاملها لان من لاتبعض فقد جعل لها اختيار بعض الثلاث فلا يكون لها اختيار الجميع أو جعله نيته وهو ان ينوي بقوله اختاري عدداً فانه يرجع الى ما نواه لان قوله اختاري كناية خفية فيرجع في قدر ما يقع بها الى نيته كسائر الكنايات الخفية فان نوى ثلاثاً أو اثنتين أو واحدة فهو على ما نوى وان اطاق النية فهي واحدة وان نوى ثلاثاً فطلقت أقل منها وقع ما طاقته لانه يهتبر قولها جميعاً فيقع ما اجتماعاً عليه كلو كباين اذا طلق واحد منهما واحدة والآ خر ثلاثاً (فصل) وان خيرها فاختارت زوجها أو ردت الخيار أو الامر لم يقع شيء نص عليه احمد في رواية الجماعة وروى ذلك عن عمر وعلي وزيد وابن مسعود وابن عباس وعمر بن عبد العزيز وابن شبرمة وان أبي لبلى والثوري والشافعي وابن المنذر وعن الحسين تكون واحدة رجعة وروى ذلك عن علي ورواه اسحاق بن منصور عن أحمد قال فان اختارت زوجها فواحدة يملك الرجعة وان اختارت نفسها ثلاث قال أبو بكر انفرد بهذا اسحاق بن منصور والعمل على ما رواه الجماعة ووجه هذه الرواية ان التخيير كناية نوي بها الطلاق فوقع بها بمجرد ما كسائر كناياته وكقوله انكحي من شئت ولما قول عائشة قد خيرنا رسول الله ﷺ فكان طلاقاً وقالت الأمر للنبي ﷺ بتخيير ازواجه

وذوقوا من سقر) وكذلك انتجرح ، قال الله تعالى (يتجرعه ولا يكاد يسيغه) فلم يصح أن يالحق بهما ما ليس مثلها .

﴿ مسألة ﴾ (وكذلك قوله أنا طالق لان الزوج ليس محلاً للطلاق ، وإن قال : أمانك طالق لم تطلق زوجته) نص عليه في رواية الاثرم في رجل جعل أمر امرأته بيدها فقالت أنت طالق لم تطلق وهو قول ابن عباس والثوري وأبي سعيد وأصحاب الرأي وابن المنذر . وروى ذلك عن عثمان رضي الله عنه ويحتمل أنه كناية يطلق به اذا نوى وبه قال مالك والشافعي وروى ذلك عن عمر وابن مسعود وخطاء والقاسم واسحاق لان الطلاق ازالة النكاح وهو مشترك بينهما فاذا صح في أحدهما صح في الآخر ولا خلاف في أنه لا يقع به الطلاق من غير نية .

ولما أنه محل لا يقع الطلاق اذا أضانه اليه من غير نية فلم يقع وان نوى كلاجبي ولانه لو قال أنا طالق ولم يقل منك لم يقع ولو كان محلاً للطلاق لوقع بذلك كالمرأة ولأن الرجل مالك في النكاح والمرأة مملوكة فلم تقع ازالة الملك بالاضافة إلى المالك كاعتق ويدل على هذا أن الرجل لا يوصف بأنه مطلق بخلاف المرأة وجاء رجل الى ابن عباس فقال ما كنت امرأتى أمرها فطلعتني ثلاثاً فقال ابن عباس خطأ الله نواها ان الطلاق لك وليس لها عليك ، رواه أبو عبيد والاثرم واحتج به أحمد

بدأ بي فقال : اني لمخبرك خبراً فلا عليك ان لا تعجلي حتى تستأمرني أبويك - ثم قال - ان الله تعالى قال (يا ايها النبي قل لازواجك ان كنتم تردن الحياة الدنيا وزينتها - حتى بلغ - ان الله أعد لاهجسناات منكن أجراً عظيماً) فقالت في أي هذا استأمر أبوي؟ فاني اريد الله ورسوله والدار الآخرة قالت ثم فعل ازواج النبي ﷺ مثل ما فعلت متفق عليهما قال مسروق ما ابالي خبرت امرأتي واحدة أو مائة أو ألفا بعد ان تختارني ولانها مخيرة اخارت النكاح فلم يقع بها الطلاق كالمعتقة تحت عبد ، فأما ان قالت اخترت نفسي فيفتقر الى نيتها لانه لفظ كناية منها فان نوى أحدهما دون الآخر لم يقع لان الزوج اذا لم ينو ما فوض اليها الطلاق فلا يصح ان يقع به وان نوى ولم تنوحي فقد فوض اليها الطلاق فما أوقعته فلم يقع شيء . كما لو وكل وكيلاً في الطلاق فلم يطاق وان نوبا جميعاً وقع مانويهما من العدد ان اتفقا فيه ، وان نوى أحدهما أقل من الآخر وقع لأقل لان ما زاد انفرد به أحدهما فلم يقع

(فصل) وان قال أمرك بيدك أو اختاري فقالت قبلت لم يقع شيء لان أمرك بيدك توكل ففعلها في جوابه : قبلت . ينصرف الى قبول الوكالة فلم يقع شيء . كما لو قال لاجنبي أمر امرأتي بيدك فقال قبلت وقوله اختاري في معناه ، وكذلك ان قالت أخذت أمري نص عليها أحمد في رواية ابراهيم بن حاني . إذا قال لامرأته أمرك بيدك فقالت قبلت ليس بشيء حتى تبين ، وقال اذا قالت أخذت أمري ليس بشيء . قال وإذا قال لامرأته اختاري فقالت قبلت نفسي أو قلت اخترت نفسي كان أبين . قال القاضي ولو قالت اخترت ولم تقل نفسي لم تطلق وان نوت ولو قال الزوج اختاري ولم يقل نفسك ولم ينو لم تطلق ما لم تذكر نفسها ما لم يكن في كلام الزوج أو جوابها ما يصرف الكلام

﴿ مسألة ﴾ (وان قال أنا منك بائن أو حرام فهل هو كناية أو لا ؟ على وجهين)

اذا قال أنا منك بائن أو بريء فقد توقف أحمد عنها وقال أبو عبد الله بن حامد يخرج على وجهين (أحدهما) لا يقع لان الرجل محل لا يقع الطلاق باضافة صريحه اليه ، فلم يقع باضافة كنياته اليه كالاجنبي . (والثاني) يقع لان لفظ البينة والبراءة والتحريم يوصف به كل واحد من الزوجين يقال بان منها وبانت منه ، وحرم عليها وحرمت عليه ، وكذلك لفظ الفرقة يضاف اليهما ، قال الله تعالى (وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته) وقال تعالى (ما يفرقون به بين المرء وزوجه) ويقال فارقت المرأة وفارقها ، ولا يقال طلقته ولا سرحته ولا تطلقا ولا تسرحا . فان قال : أنا بائن ولم يقل منك فذكر القاضي فيما اذا قال لها : أمرك بيدك ، فقالت : أنت بائن ولم تقل مني ، أنه لا يقع ، وجهاً واحداً ، وان قالت أنا بائن ونوت وقع ، وان قالت أنت مني بائن فعلى وجهين فيخرج ههنا مثل ذلك .

﴿ مسألة ﴾ (وان قالت أنت علي كظهر أمي ، تنوي به الطلاق لم يقع وكان ظهراً)

لانه صريح فلم يكن كناية في الطلاق كما لا يكون الطلاق كناية في الظهار ولان الظهار يشبه بمن

اليه لان ذلك في حكم التفهيم فاذا عرى عن ذلك لم يصح ، وان قالت اخترت زوجي أو اخترت البقاء على النكاح أو رددت الخيار أو رددت عليك سفهتك بطل الخيار ، وان قالت اخترت أهلي أو أبوي ونوت وقع الطلاق لان هذا يصلح كناية من الزوج فيما اذا قال الحقني بأهلك فكذلك منها ، وان قالت اخترت الأزواج فكذلك لانهم لا يحلون الا بمفارقة هذا الزوج ولذلك كان كناية منه في قوله : انكحي من شئت

(فصل) فان كرر لفظة الخيار فقال اختاري اختاري اختاري فقال أحمد ان كان انما يردد عليها ليفهمها وليس نية ثلاثا فهي واحدة وان كان أراد بذلك ثلاثا فهي ثلاث ، فرد الامر الى نيته في ذلك وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة اذا قبلت وقع ثلاثا لانه كرر ما يقع به الطلاق فذكر كرر كما لو كرر الطلاق

ولنا انه يحتمل التأكيذ فاذا قصده قبل منه كما لو قال أنت طالق الطلاق وان أطلق فقد روي عن أحمد ما يدل على انها واحدة بملك الرجعة وهذا اختيار القاضي ومذهب عطاء وأبي ثور لان تكرير التخيير لا يزيد به الخيار كشرط الخيار في البيع ، وروي عن أحمد اذا قال لامرأته اختاري فقالت اخترت نفسي هي واحدة الا أن يقول اختاري اختاري اختاري وهذا يدل على انها تطابق ثلاثا ونحوه قال الشعبي والنخعي وأصحاب الرأي وما لك لان لفظة الواحدة تقتضي طاعة فاذا تكررت اقتضت ثلاثا كلفظة الطلاق

(فصل) فان قال لزوجته طالفي نفسك ونوى عددا فهو على ما نوى وان أطلق من غير نية لم

هي محرمة على التأييد والطلاق يفيد تحريماً غير مؤبد فلم تصح الكناية باحدهما عن الآخر ولو صرح به وقال أعني به الطلاق لم يصح طلاقاً لانه لا تصلح الكناية به عنه

(مسألة) (وان قال أنت علي حرام أو ما أحل الله علي حرام ففيه ثلاث روايات (احدها) أنه

ظاهر وان نوى الطلاق اختاره الحرق (والثانية) كناية ظاهرة (والثالثة) هو يمين

اذا قال ذلك أو أطلق فهو ظاهر وقال الشافعي لا شيء عليه ، وله قول آخر عليه كفارة يمين وليس يميناً وقال أبو حنيفة هو يمين وقد روي ذلك عن أبي بكر وعمر بن الخطاب وابن مسعود وقال سعيد ثنا خالد بن عبد الله عن جويبر عن الضحاك ان أبا بكر وعمر وابن مسعود قالوا في الحرام إنه يمين وبه قال ابن عباس وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير وعن أحمد ما يدل على ذلك لان الله تعالى قال (لم تحرم ما أحل الله لك ؟) ثم قال (قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم) وقال ابن عباس (لقد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة) ولانه تحريم للحلال أشبه تحريم الامة ووجه الاول أنه تحريم للزوجة بغير طلاق فوجب به كفارة الظهار كما لو قال أنت علي حرام كظهر أي فأما ان نوى غير الظهار فالنصوص عن أحمد في رواية جماعة أنه ظاهر نوى الطلاق أو لم ينوه ذكره الحرق ويمن قال إنه ظاهر عثمان بن

بملك الا واحدة لان الامر المطاق يتناول أقل ما يقع عليه الاسم وكذلك الحكم لو وكل أجنبيا فقال طلق زوجتي فالحكم على ما ذكرناه . قال أحمد إذا قال لامرأته طلقي نفسك ونوى ثلاثا فطلقت نفسها ثلاثا فهي ثلاث وان كان نوى واحدة فهي واحدة وذلك لان الطلاق يكون واحدة وثلاثا فأيهما نواه فقد نوى بلفظه ما احتمل وان لم ينو تناول اليقين وهو الواحدة فان طلقت نفسها أو طلقها الوكيل في المجلس أو بعده وقع الطلاق لانه توكيل . وقال القاضي إذا قال لها طلقي نفسك تنيد بالمجلس لانه تفويض بالطلاق اليها فتعبد بالمجلس كقوله اختاري

ولنا انه توكيل في الطلاق فكان على التراخي كتوكيل الاجنبي وكقوله أمرك بيدك . وفارق اختاري فانه تخيير ، وما ذكره ينقض بقوله أمرك بيدك ولها أن توقع الطلاق بلفظ الصريح وبالكناية مع النية . وقال بعض أصحاب الشافعي ليس لها أن توقعه بالكناية لانه فوضه اليها بلفظ الصريح فلا يصح أن توقع غير ما فوض اليها

ولنا انه فوض اليها الطلاق وقد أوقعته فوقع كما لو أوقعته بلفظ الصريح وما ذكره غير صحيح فان التوكيل في شيء لا يقتضي أن يكون إيقاعه بلفظ الأمر من جهته كما لو قال لو كيله بع داري جازله يبعها بلفظ التملك وان قال لها طلقي ثلاثا فطلقت واحدة وقع نص عليه ، وقال مالك لا يقع شيء لانها لم تمثل أمره .

ولنا انها ملكت إيقاع ثلاث فملكته إيقاع واحدة كالملك ولانه لو قال وهبتك هؤلاء العبيد الثلاثة فقال قبلت واحداً منهم صح كذا ههنا وان قال طلقي واحدة فطلقت ثلاثا ، وقعت واحدة

عنان وأبو قلابة وسعيد بن جبير وميمون بن مهران والبتى وروى الأثرم بإسناده عن ابن عباس في الحرام أنه تحرير رقبة فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين أو اطعام ستين مسكينا ولانه صريح في تحريرها فكان ظاهراً وان نوى غيره كقوله أنت علي كظهر أمي وعن أحمد أنه اذا نوى به الطلاق اخاف أن يكون ثلاثاً ولا افتي به وهذا مثل قوله في السكنيات الظاهرة فكانه جعله من كنيات الطلاق يقع به الطلاق اذا نواه ، ونقل عنه البغوي في رجل قال لامرأته أمرك بيدك فقالت أنا عليك حرام فقد حرمت عليه فجعله منها كناية في الطلاق فكذلك من الرجل واختاره ابن عقيل وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي وروى ذلك عن ابن مسعود ومن روي عنه طلاق ثلاث علي وزيد بن ثابت وأبو هريرة والحسن البصري وابن أبي ليلى وهو مذهب مالك في المدخول بها لان الطلاق نوع تحرير فصح ان يكنى به عنه كقوله أنت بان فان لم ينو به الطلاق لم يكن طلاقاً بحال لانه ليس بصريح في الطلاق فان لم ينو لم يقع به طلاق كسائر الكنيات وان قلنا انه كناية في الطلاق ونوى به فحكمه حكم الكنيات الظاهرة على ما مضى من الاختلاف فيها وهو قول مالك وأبي حنيفة والشافعي كل على أصله ويمكن حمله على الكنيات الحفية اذا قلنا ان الرجعية محرمة لان أقل ما تحرم به الزوجة طلقة رجعية فحمل على اليقين وقد روي

نص عليه أيضاً ، وبه قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة لا يقع شيء لانها لم تأت بما يصلح قبولاً فلم يصح كما لو قال بعتك نصف هذا العبد فقال قبلت البيع في جميعه

ولما أنها أوقعت طلاقاً ماذيناً فيه وغيره فوقع المأذون فيه دون غيره كما لو قال طلقي نفسك فطلقت نفسها وضرائرها فان قال طلقي نفسك فقالت أنا طالق ان قدم زيد لم يصح لان اذنه انصرف إلى المنجز فلم يتناول المعاق على شرط وحكم توكيل الاجنبي في الطلاق كحكمها في ما ذكرناه كله

(فصل) نقل عنه ابو الحارث اذا قال طلقي نفسك طلاق السنة قالت قد طلقت نفسي ثلاثاً هي واحدة وهو أحق برجعتها إنما كان كذلك لان التوكيل بافظ يتناول أقل ما يقع عليه اللفظ وهو طاقة واحدة سيما وطلاق السنة في الصحيح طاقة واحدة في طهر لم يصحبها فيه

(فصل) ويجوز أن يجعل أمر امرأته بيدها بعوض وحكمه حكم ما لا عوض له في أن له الرجوع فيها جعل لها وأنه يبطل بالوطء ، قال أحمد اذا قالت امرأته اجعل أمري بيدي وأعطيك عبدي هذا قبض العبد وجعل أمرها بيدها فإن تخنار ما لم يطأها أو ينقضه وذلك لانه توكيل والتوكيل لا يلزم بدخول العوض فيه وكذلك التملك بعوض لا يلزم ما لم يتصل به القبول كالبيع

(فصل) اذا اختلفا فقال الزوج لم أنو الطلاق بافظ الاختيار وأمرك بيدك وقالت بل نويت كان القول قوله لانه أعلم بنيته ولا سبيل الى معرفته الا من جهته ما لم يكن جواب سؤال أو معها دلالة حال وان قال لم تنو الطلاق باختيار نفسك وقالت بل نويت فاقول قولها لما ذكرناه وان قالت

عن احمد ما يدل عليه قال اذا قال انت علي حرام اعني به طلاقاً فهي واحدة وروي هذا عن عمر ابن الخطاب والزهري وقد روي عن مسروق وابي سلمة بن عبد الرحمن والشعبي ليس بشيء لانه قول هو كاذب فيه وهذا يبطل بالظهار لانه منكر من القول وزور ، وقد اوجب الكفارة ولان هذا ايقاع للطلاق فأشبهه قوله انت بأن وانت طالق وروي عن احمد انه اذا نوى اليمين كان يميناً وهذا مذهب ابن مسعود وقول ابي حنيفة والشافعي ومن روي عنه: عليه كفارة يمين ابو بكر الصديق وعمر وابن عباس وعائشة رضي الله عنهم وهو قول سعيد بن المسيب والحسن وعطاء وطاوس وسليمان بن يسار وقتادة والاوزاعي وفي المتفق عليه عن سعيد بن جبير انه سمع ابن عباس يقول اذا حرم الرجل عليه امراته فهي يمين يكفرها وقال (لقد كان لكم في رسول الله اسوة حسنة) ولان الله قال (يا ايها النبي لم تحرم ما احل الله لك تبغني مرضات أزواجك والله غفور رحيم) * قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم فجعل الحرام يميناً ومعنى قوله نوى يميناً والله اعلم انه نوى بقوله انت علي حرام ترك وطئها واجتنابها واقام ذلك مقام والله لاوطأتك

﴿مسئلة﴾ (وان قال ما احل الله علي حرام اعني به الطلاق فقال احمد تطلق امراته ثلاثاً وان قال اعني به طلاقاً طلقت واحدة)

قد اخبرت نفسي وأنتكر وجود الاختيار منها فالتول قوله لأنه منكرك له وهو مما يمكنه عليه وتكتمها إقامة البينة عليه فاشبهه ما لو علق طلاقها على دخول الدار فادعته فأنكره

(فصل) إذا قال لزوجته أنت علي حرام وأطلق فهو ظاهر وقال الشافعي لا شيء عليه وله قول آخر عليه كفارة يمين وليس بيمين ، وقال أبو حنيفة هو يمين وقد روي ذلك عن أبي بكر وعمر بن الخطاب وابن مسعود رضي الله عنهم ، وقال سعيد حدثنا خالد بن عبد الله عن جويهر عن الضحاك أن أبا بكر وعمر وابن مسعود قالوا في الحرام يمين وبه قال ابن عباس وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير وعن أحمد ما يدل على ذلك لأن الله تعالى قال (لم تحرم ما أحل الله لك) ثم قال (قد فرض الله لكم تحاة إيمانكم) وقال ابن عباس (لقد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة) ولأنه تحريم للحلال أشبه تحريم الأمانة .

ولنا أنه تحريم للزوجة بغير طلاق فوجب به كفارة الظهار كما لو قال أنت علي حرام كظاهر أمي فأما أن نوى غير الظهار فالمتخصص عن أحمد في رواية جاعة أنه ظهار نوى الطلاق أو لم ينره وذكره الحرق في موضع غير هذا ومن قال أنه ظهار عثمان بن عفان وابن عباس وأبو قلابة وسعيد بن جبير وميمون بن مهران والبيروني الأثرم بإسناده عن ابن عباس في الحرام أنه تحريم برقة فإن لم يجد نصيباً شهرين متتابعين أو أطعم ستين مسكينا ولأنه صريح في تحريمها فكان ظهاراً وإن نوى غيره كقوله أنت علي كظهر أمي وعن أحمد أنه إذا نوى الطلاق كان طلاقاً قال إذا قال ما أحل الله علي حرام يعني به الطلاق أخاف أن يكون ثلاثاً ولا أنفي به وهذا مثل قوله في الكنايات الظاهرة وكأنه جملة من

رواه الجماعة عن أحمد فروى أبو عبد الله النيسابوري أنه قال إذا قال أنت علي حرام أريد به الطلاق كنت أقول إنها طالق يكفر كفارة الظهار وهذا كأنه رجوع عن قوله إنه طلاق ووجهه أنه صرح في الظهار فلم يصح طلاقاً بقوله أريد به الطلاق كما لو قال أنت علي كظهر أمي أعني به الطلاق قال القاضي ولكن جماعة أصحابنا على أنه طلاق وهي الرواية المشهورة التي رواها عنه الجماعة لأنه صرح بلفظ الطلاق فكان طلاقاً كالمضمرها وقال هذا طلاقك وليس هذا صريحاً في الظهار وإنما هو صريح في التحريم والتحریم يتنوع إلى تحريم بالظهار وإلى تحريم بالطلاق فإذا بين بلفظه إرادة تحريم الطلاق وجب صرفه إليه وفارق قوله أنت علي كظهر أمي فإنه صريح في الظهار وهو تحريم لا يرتفع إلا بالكفارة فلم يمكن جعل ذلك طلاقاً بخلاف مسئلتنا ثم إن قال أعني به الطلاق أو نوى به ثلاثاً فهي ثلاث نص عليه أحمد لأنه أنى بالألف واللام التي للاستغراق تفسيراً للتحريم فدخل فيه الطلاق كله وإذا نوى الثلاث فقد نوى بلفظه ما يحتمله من الطلاق فوقع كما لو قال أنت بائن وعنه لا يكون ثلاثاً حتى ينوبها سواء كانت فيه الألف واللام أو لم تكن لأن الألف واللام تكون لغير الاستغراق في أكثر أسماء الاجناس وإن قال أعني به طلاقاً فهي واحدة لأنه ذكره منكراً فيكون طلاقاً واحداً نص عليه

كنايات الطلاق يقع به الطلاق إذا نواه ونقل عنه البغوي في رجل قال لامرأته أمرك ببعدك فقالت أنا عليك حرام فقد حرمت عليه فجعله منها كناية في الطلاق فكذلك من الرجل واختاره ابن عقيل وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي ، وروي ذلك عن ابن مسعود وعن روي عنه أنه طلاق ثلاث علي وزيد بن ثابت رابرهيرة والحسن البصري وابن أبي ايل وهو مذهب مالك في المدخول بهلان الطلاق نوع تحريم فصيح أن يكنى به عنه كقوله أنت بائن فاما ان لم ينو الطلاق فلا يكون طلاقاً بحال لأنه ليس به صريح في الطلاق فاذا لم ينو معه لم يقع به طلاق كسائر الكنايات ، وان قلنا انه كناية في الطلاق ونوى به فحكمه حكم الكنايات الظاهرة على مامضى من الاختلاف فيها وهو قول مالك وأبي حنيفة والشافعي كل على أصله ويمكن حمله على الكنايات الخفية اذا قلنا ان الرجعة محرمة لان أقل ما تحرم به الزوجة طلقة رجعية فحمل على اليقين ، وقد روي عن احمد ما يدل عليه فانه قال اذا قال انت علي حرام اعني به طلاقاً فهي واحدة وروي هذا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه والزهرري وقد روي عن مسروق وأبي سلمة بن عبد الرحمن والشعبي ايسر شيء ، لانه قول هو كاذب فيه وهذا يبطل بالظاهر فانه منكر من القول وزور وقد وجبت الكفارة ولان هذا ايقاع للطلاق فأشبهه قوله انت بائن أو انت طالق وروي عن أحمد انه اذا نوى اليمين كان يمينا فانه قل في رواية مهنا انه اذا قال انت علي حرام ونوى يمينا ثم تركها أربعة أشهر قال هو يمين وانما الايلاء ان يحلف بالله ان لا يقرب امرأته فظاهر هذا انه اذا نوى اليمين كانت يمينا وهذا مذهب بن مسعود وقول أبي حنيفة والشافعي وعن روي عنه : عليه كفارة يمين أبو بكر الصديق وعمر وابن عباس وعائشة وسعيد بن المسيب

أحمد وقال في رواية حنبل إذا قال أعني طلاقاً فهي واحدة أو انتان إذا لم يكن فيه إلا لف واللام وعنه أنه ظاهر فيهما وقد ذكرنا دليله

﴿مسألة﴾ (وإن قال أنت علي كالميتة والدم وقم ما نواه من "طلاق والظهار واليمين وإن لم ينو شيئاً

فهل يكون ظهاراً أو يمينا؟ على وجهين)

أما إذا نوى الطلاق كان طلاقاً لانه يصلح أن يكون كناية فيه فاذا اقترنت به النية وقع به الطلاق ويقع ما نواه من عدد الطلاق فان لم ينو شيئاً وقعت واحدة لانه من الكنايات الخفية وهذا حكمها وإن نوى به الظهار وهو أن يقصد تحريمها عليه مع بقاء نكاحها احتمل أن يكون ظهاراً كما قلنا في قوله أنت علي حرام واحتمل أن لا يكون ظهاراً كما لو قال أنت علي كظهر البهيمة أو كظهر أبي وإن نوى اليمين وهو أن يريد بذلك ترك وطئها لا تحريمها ولا طلاقها فهو يمين وإن لم ينو شيئاً لم يكن طلاقاً لانه ليس بصريح في الطلاق ولو نواه به وهل يكون ظهاراً أو يمينا؟ على وجهين (أحدهما) يكون ظهاراً لان مناه أنت حرام علي كالميتة والدم فان تشبهها بها يقتضي التشبيه بها في الامر الذي استهزأ به وهو التحريم لقول الله تعالى فيهما (حرمت عليكم الميتة والدم) والثاني يكون يمينا لان الاصل براءة الذمة فاذا أتى بلفظ محتمل

والحسن وعطاء وطاوس وسليمان بن يسار وقتادة والاوزاعي وفي المتنق علياً عن سعيد بن جبير أنه سمع ابن عباس يقول إذا حرم الرجل عليه امرأته فهي بمن يكفرها وقال (لقد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة) ولأن الله تعالى قال (بأيتها النبي لم تحرم ما أحل الله لك) تبتغي مرضاة أزواجك والله غفور رحيم * قد فرض الله لكم نحلة إيمانكم (فجعل الحرام بيننا ومعنى قوله نوى بمننا والله أعلم أنه نوى بقوله أنت علي حرام ترك وطئها واجتنابها وأقام ذلك مقام قوله والله لا وطئتكم

(فصل) وإن قال أنت علي حرام أعني به الطلاق فهو طلاق رواه الجماعة عن أحمد وروى عنه أبو عبد الله النيسابوري أنه قال إذا قال أنت علي حرام أريد به الطلاق كنت أقول أنها طاق بكفر كفارة الظاهر وهذا كأنه رجوع عن قوله أنه طلاق، وجهه أنه صريح في الظاهر فلم يصير طلاقاً بقوله أريد به الطلاق كقول قال أنت علي كظاهر أي أعني به الطلاق قال القاضي ولكن جماعة أصحابنا على أنه طلاق وهي الرواية المشهورة التي رواها عنه الجماعة لأنه صرح بلفظ الطلاق فكان طلاقاً كالمضربها وقول هذا طلاقك وليس هذا صريحاً في الظاهر إنما هو صريح في التحريم والتحريم يتنوع إلى تحريم بالظاهر وإلى تحريم بالطلاق فإذا بين بلفظه إرادة تحريم الطلاق وجب صرفه إليه، وفارق قوله أنت علي كظاهر أي فإنه صريح في الظاهر وهو تحريم لا برفع إلا بالكفاءة فلم يمكن جعل ذلك طلاقاً بخلاف مما مثلنا ثم إن قال أعني به الطلاق أو نوى به ثلاثاً فهي ثلاث نص عليه أحمد لأنه أتى بالالف

ثبت فيه أقل الحكيين لأنه اليقين وما زاد مشكوك فيه فلا تثبته بالشك ولا نزول عن الأصل إلا بيقين وعند الشافعي هو كقوله أنت حرام سواء

﴿ مسألة ﴾ (وإن قال حلفت بالطلاق وكذب لزمه إفراجه في الحكم ولا يلزمه فيما بينه وبين الله تعالى وإن قال حلفت بالطلاق أو علي يمين بالطلاق ولم يكن حلف لم يلزمه شيء فيما بينه وبين الله تعالى ولزمه ما أقرب به في الحكم)

ذكره القاضي وأبو الخطاب لأنه يحتمل ما قاله : يلزمه في الحكم لأنه خلاف ما أقر به وقال أحمد في رواية محمد بن الحكم في الرجل يقول حلفت بالطلاق ولم يكن حلف هي كذبة ليس عليه يمين وذلك لأن قوله حلفت ليس بحلف وإنما هو خبر عن الحلف فإذا كان كاذباً فيه لم يصح حالفاً كالمقول حلفت بالله وكان كاذباً وإخبار أبو بكر أنه يلزمه ما أقرب به وحكى في زاد المسافر عن الميموني عن أحمد أنه قال إذا قل حلفت بالطلاق ولم يكن حلف يلزمه الطلاق ويرجع إلى نيته في الطلاق الثلاث أو الواحدة وقال القاضي معنى قول أحمد يلزمه الطلاق أي في الحكم ويحتمل أنه أراد يلزمه إذا نوى به الطلاق فجعله كناية عنه وكذلك قال يرجع إلى نيته أما الذي قصد الكذب فلا نية له في الطلاق فلا يقع به شيء لأنه ليس بصريح في الطلاق ولا نوى الطلاق فلم يتم به طلاق كسائر الكنايات وذكر القاضي في

واللام التي الاستغراق تفسيراً للتحريم فيدخل فيه الطلاق كله وإذا نوى اثلاث فقد نوى بلفظه ما يحتمله من الطلاق فوقع كما لو قال أنت بائن وعنه لا يكون ثلاثاً حتى ينويها سواء كانت فيه الالف واللام أو لم تكن لأن الالف واللام تكون لغير الاستغراق في أكثر أسماء الاجناس، وإن قل أعني به طلاقاً فهو واحدة لأنه ذكره منكرأ فيكون طلاقاً واحداً نص عليه أحمد وقال في رواية حنبل إذا قال أعني طلاقاً فهي واحدة أو اثنتان إذا لم تكن فيه الف ولام

(فصل) فإن قال أنت علي كظهر أمي ونوى به الطلاق لم يكن طلاقاً لأنه صريح في الظهار ألم يصلح كناية في الطلاق كما لا يكون الطلاق كناية في الظهار ولأن الظهار تشبيه بمن هي محرمة على النأبد والطلاق يفيد تحريماً غير مؤبد فلم تصلح الكناية بأحدهما عن الآخر، ولو صرح به فقال أعني به الطلاق لم يصح طلاقاً لأنه لا يصلح الكناية به عنه

(فصل) وإن قال أنت علي كالميتة والدم ونوى به الطلاق كان طلاقاً لأنه يصلح أن يكون كناية فيه فإذا اقترنت به النية وقع به الطلاق ووقع به من عدد الطلاق ما نواه فإن لم ينو شيئاً وقعت واحدة لأنه من الكنايات الخفية وهذا حكمها، وإن نوى به الظهار وهو أن يقصد تحريمها عليه مع بقاء نكاحها احتمل أن يكون ظهاراً كما قلنا في قوله أنت علي حرام، واحتمل أن لا يكون ظهاراً كما لو قال أنت علي كظهر البيمة أو كظهر أمي، وإن نوى اليمين وهو أن يريد بذلك ترك وطئها لا تحريمها ولا طلاقها

كتاب الايمان فيمن قال حلفت بالطلاق ولم يكن حلف هل يقع به؟ على روايتين (أحدهما) لا يلزمه شيء لأنه لم يحلف واليمين إنما تكون بالحلف (والثانية) يلزمه ما أقر به اختاره أبو بكر لأنه إذا أقر ثم قال كذبت كان جحوداً بعد الافرار فلا يقبل كما لو أقر بدين ثم أنكر ويرجع الى نيته لأنه أعلم بحاله (فصل) والقول قوله في قدر ما حلف به وفي الشرط الذي علق اليمين به لأنه أعلم بحاله ويمكن حمل كلام أحمد على هذا وهو أن يكون قوله ليس عليه يمين فيما بينه وبين الله تعالى وقوله يلزمه الطلاق أي في الحكم لأنه يتعلق بحق إنسان معين فلم يقبل في الحكم وفيما بينه وبين الله سبحانه إذا علم أنه لم يحلف فلا شيء عليه (فصل) قال الشيخ رحمه الله (إذا قال لامرأته أمرك بيدك فلها أن تطلق ثلاثاً وإن نوى واحدة وهو في يدها ما لم يفسخ أو يطأ)

الكلام في هذه المسئلة في فصلين (أحدهما) أنه إذا قال لامرأته أمرك بيدك كان لها أن تطلق ثلاثاً وإن نوى أنزل منها هذا ظاهر المذهب لأنهم لا من الكنايات الظاهرة وقد مضى الكلام فيها روي ذلك عن عثمان وابن عمر وابن عباس وروي ذلك عن علي أيضاً وفضالة بن عبيد وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء والزهرى قالوا إذا طلقت ثلاثاً فقال لم أجعل اليها الا واحدة لم يلتفت الى قوله والقضاء ما قضت وعن عمر وابن مسعود أنها طلقة واحدة وبه قال عطاء ومجاهد والقاسم وربيعة ومالك والاوزاعي والشافعي وقال الشافعي ان نوى ثلاثاً فلها ان تطلق ثلاثاً وإن نوى غير ذلك

فهو يمين ، وإن لم ينو شيئاً لم يكن طلاقاً لانه ليس بصريح في الطلاق ولا نواه به وهل يكون ظهاراً أو يميناً على وجهين

(أحدهما) يكون ظهاراً لأن معناه أنت حرام على كالمية والدم فان تشبيهها بهما يقتضي التشبيه بهما في الامر الذي اشتهرا به وهو التحريم لقول الله تعالى فيهما (حرمت عليكم المية والدم)
(والثاني) يكون يميناً لأن الاصل براءة الذمة فإذا أتى بلفظ محتمل ثبت به أقل الحكمين لانه اليقين وما زاد مشكوك فيه فلا نشبهه بالشك ولا نزيل عن الاصل الا بيقين ، وعند الشافعي هو كقوله أنت علي حرام سواء

﴿ مسألة ﴾ قال (وإذا طلقها بلسانه واستثنى شيئاً بقلبه وقع الطلاق ولم ينفعه الاستثناء)

وجملة ذلك أن ما يتصل باللفظ من قرينة أو استثناء على ثلاثة أضرب :
(أحدها) مالا يصح نطقاً ولا نية وذلك نوعان (أحدهما) ما يرفع حكم اللفظ كله مثل أن يقول أنت طالق ثلاثاً الا ثلاثاً أو أنت طالق طاعة لا تلزمك أو لا تقع عليك فهذا لا يصح بامضه ولا بنيته لانه يرفع حكم اللفظ كله فيصير الجميع لغواً فلا يصح هذا في اللغة بالانفك وإذا كان كذلك سقط الاستثناء والصفة ووقع الطلاق

لم تطلق ثلاثاً والقول قوله في نيته قال القاضي ونقل عبد الله عن أحمد ما يدل على أنه إذا نوى واحدة فهي واحدة لانه نوع تخيير فيرجع الى نيته فيه كقوله اخناري

ولنا انه لفظ يقتضي العموم في جميع أمرها لانه اسم جنس مضاف فيتنزل الطلاقات الثلاث كما لو قال طلقى نفسك ما شئت ولا يقبل قوله أردت واحدة لانه بخلاف مقتضى اللفظ لا يبين في هذا لانه من الكنايات الظاهرة والكنايات الظاهرة تقتضي ثلاثاً (الفصل الثاني) أنه لا يقيّد بالمجلس ويكون في يدها ما لم يفسخ أو يطأ وإن جعل أمرها في يد غيرها فكذلك في الفصل الاول والثاني ووافق الشافعي في انه اذا جعله في يد غيرها أنه لا يقيّد بالمجلس لانه وكيل ، وإذا قال له جعلت امرأتي في يدك أو جعلت لك الخيار في طلاق امرأتي أو طلق امرأتي فالجميع سواء في انه لا يقيّد بالمجلس وقال اصحاب أبي حنيفة ذلك مة صور على المجلس لانه نوع تخيير أشبهه مالمو قال اخناري

ولنا انه وكيل مطابق فكان على التراخي كالتوكيل في البيع. اذا ثبت هذا فان له ان يطلق ما لم يفسخ أو يطأ وله ان يطلق ثلاثاً وواحدة كالأمر فان فسخ الوكالة بطلت كسائر الوكالات وكذلك ان وطئها لانه يدل على الفسخ أشبهه مالمو فسخ بالقول

﴿ مسألة ﴾ (وان قال اختاري نفسك لم يكن لها ان تطلق أكثر من واحدة الا ان يجعل اليها أكثر من ذلك وليس لها ان تطلق الامادات في المجلس ولم يتشاغلا بما يقطعه)

(الضرب الثاني) ما يقبل لفظاً ولا يقبل نية لابي الحكم ولا فيما بينه وبين الله تعالى وهو استثناء الأقل فهذا يصح لفظاً لانه من لسان العرب ولا يصح بالنية مثل أن يقول أنت طالق ثلاثاً ويستثنى بقلبه الا واحدة أو أكثر فهذا لا يصح لان العدد نص فيما تناوله لا يحتمل غيره فلا يرتفع بالنية ما ثبت بنص اللفظ فان اللفظ أقوى من النية ، ولو نوى بالثلاث اثنتين كان مستعملاً للفظ في غير ما يصلح له فوقع مقتضى اللفظ وانتهى

وحكي عن بعض الشافعية أنه يقبل فيما بينه وبين الله تعالى كما لو قال نسائي طواقي واستثنى بقلبه الا فلانة، والفرق بينهما أن نسائي اسم عام يجوز التعبير به عن بعض ما وضع له وقد استعمل العموم بازاء الخصوص كثيراً فاذا أراد به البعض صح ، وقوله ثلاثاً اسم عدد للثلاث لا يجوز التعبير به عن عدد غيرها ولا يحتمل سواها بوجه فاذا أراد بذلك اثنتين فقد أراد باللفظ ما لا يحتمله وإنما تعمل النية في صرف اللفظ المحتمل الى أحد محتملاته ، فأما ما لا يحتمل فلا فانا لو علمناه فيما لا يحتمل كان عملاً بمجرد النية وبمجرد النية لا تعمل في نكاح ولا طلاق ولا بيع ، ولو قال نسائي الأربع طواقي أو قال لمن أربعتك طواقي واستثنى بعضهن بالنية لم يقبل على قياس ما ذكرناه ولا يدين فيه لانه عني باللفظ ما لا يحتمل

(الضرب الثالث) ما يصح نطقاً واذا نواه دين فيما بينه وبين الله تعالى وذلك مثل تخصيص

وجملة ذلك ان لفظ التخيير لا يقتضي بمطلقه أكثر من طلبة رجعية قال احمد هذا قول ابن عمر وابن مسعود وزيد بن ثابت وعمر وعائشة رضي الله عنهم وروي ذلك عن جابر وعبد الله بن عمر وقال ابو حنيفة هي واحدة بائنة وهو قول ابن شبرمة لان اختيارها نفسها يقتضي زوال سلطانه ولا يكون الا بالبينة وقال مالك هي ثلاث في المدخول بها لان المدخول بها لاثنين الا بالثلاث الا ان تكون بعوض ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم فان من سمينا منهم قالوا ان اختارت نفسها فهي واحدة وهو أحق بها رواه النجاد عنهم باسانيده ولان قوله اختاري تفويض مطلق فيتناول أقل ما يقع عليه الاسم وذلك طلبة واحدة ولا تكون بائناً لانها طلبة بغير عوض لم يكمل بها العدد بعد الدخول فاشبه ما لو طلقتها واحدة ولا تكون بائناً لانها طلبة، ويخالف قوله أمرك بيدك فانه للعموم لانه اسم جنس مضاف فيتناول جميع أمرها لكن ان جعل لها أكثر من ذلك فلها ما جعل اليها سواء جعله بلفظه بان يقول اختاري ما شئت او اختاري الطلقات ان شئت فلها ان تختار ذلك او جعله بنيته وهو ان ينوى بقوله اختاري عدداً فانه يرجع إلى ما نواه لان قوله اختاري كناية خفية فيرجع في قدرها الى نيته كسائر الكنايات الخفية ، فان نوى ثلاثاً او اثنتين او واحدة فهو على ما نوى وان اطلق فهي واحدة وان نوى ثلاثاً فطلقت أقل منها وقع ما طلقت لانه يعتبر قولها جميعاً كلوكيلين اذا طلق احدهما واحدة والاخر

اللفظ العام أو استعمال اللفظ في مجازه مثل قوله نسائي طالق يريد به ضمن أو ينوي بقوله طالق أي من وثاق فهذا يقبل إذا كان لفظاً وجهاً واحداً لأنه وصل كلامه بما بين مراده ، وإن كان بنية قبل فيما بينه وبين الله تعالى لأنه أراد تخصيص اللفظ العام واستعماله في الخصوص وهذا سائق في اللغة شائع في الكلام فلا يمنع من استعماله والتكلم به ويكون اللفظ بنية منصرفاً إلى ما أراد دون ما لم يرد ، وهل يقبل ذلك في الحكم ؟ يخرج على روايتين (إحداهما) يقبل لأنه فسر كلامه بما يحتمله فصيح كما لو قال أنت طالق أنت طالق وأراد بالثانية إيهامها (والثانية) لا يقبل لأنه خلاف الظاهر وهو مذهب الشافعي ، ومن شرط هذا أن تكون النية مقارنة للفظ وهو أن يقول نسائي طالق يقصد بهذا اللفظ بعضه ، فاما أن كانت النية متأخرة عن اللفظ فقال نسائي طالق ثم بعد فراغه نوى بقلبه بعضه لم تنفعه النية ووقع الطلاق بجميعه وكذلك لو طلق نساءه ونوى بعد طلاقهن أي من وثق لزمه الطلاق لأنه مقتضى اللفظ والنية الأخيرة نية مجردة للفظ معها فلا تعمل . ومن هذا الضرب تخصيص حال دون حال مثل أن يقول أنت طالق ثم يصله بشرط أو صفة مثل قوله ان دخلت الدار أو بعد شهر أو قال ان دخلت الدار بعد شهر فهذا يصح إذا كان نطقاً بغير خلاف ، وإن نواه ولم يلفظ به دين ، وهل يقبل في الحكم ؟ على روايتين قال في رواية إسحاق بن إبراهيم فيمن حلف لا تدخل الدار وقال نويت شهر آ يتبل منه أو قال : إذا دخلت دار فلان فأنت طالق ونوى تلك الساعة وذلك اليوم قبلت نيته

ثلاثاً وليس لها أن تطلق الامادات في المجلس ولم يشاغلا بما يقطعه هذا قول أكثر أهل العلم ان التخيير على أفور ان اختارت في وقتها والا فلا خيار لها بعده روي ذلك عن عمر وعثمان وابن مسعود وجابر وبه قال عطاء وجابر بن زيد ومجاهد والشعبي والنخعي ومالك والثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي ، وقال الزهري وقتادة وأبو عبيد وابن المنذر ومالك في رواية انه على التراخي ولها الاختيار في المجلس وبعده ما لم يفسخ أو يطاء ، واحتج ابن المنذر بقول النبي ﷺ « لعائشة اني ذاكر لك امراً فلا عليك ان لا تعجلي حتى تستأمرى ابويك » وهذا يمنع قصره على المجلس ولأنه جعل امرها اليها أشبه ما لو قال امرك بيدك

ولنا أنه قول من سمينا من الصحابة فروى النجاد بأسناده عن سعيد بن المسيب أنه قال قضى عمر عثمان في الرجل يخير امرأته أن لها الخيار ما لم يفرقا وعن عبدالله بن عمر قال مادامت في مجلسها ونحوه عن ابن مسعود وجابر ولم نعرف لهما مخالفاً في الصحابة فكان اجماعاً ولأنه خيار تملك فكان على الفور كخيار القبول ، وأما الخبر فان النبي ﷺ جعل لها الخيار على التراخي ، فأما أمرك بيدك فهو توكيل والتوكيل يعم الزمان ما لم يقيد به بقيد بخلاف مسئلتنا

❦ مسألة ❦ (وليس لها أن تطلق إلا مادام في المجلس ولم يشاغلا بما يقطعه)

(والرواية الاخرى) لا تقبل فانه قال اذا قال لامرأته أنت طالق ونوى في نفسه إلى سنة نطق ليس ينظر إلى نيته ، وقال اذا قال أنت طالق وقال نويت ان دخلت الدار لا يصدق ، ويمكن الجمع بين هاتين الروايتين بأن يحمل قوله في القبول على أنه يدين فيما بينه وبين الله تعالى وقوله في عدم القبول على الحكم فلا يكون بينهما اختلاف ، والفرق بين هذه الصورة والتي قبلها أن ارادة الخاص بالعام شائع كثير ، و ارادة الشرط من غير ذكره غير سائغ فهو قريب من الاستثناء ، ويمكن أن يقال هذا كله من جملة التخصيص

(فصل) واذا قالت له امرأة من نسائه طلقني فقال نسائي طالق ولا نية له طلقن كاهن بغير خلاف لان لفظه عام ، وان قالت له طالق نسائك فقال نسائي طالق فكذلك ، وحكي عن مالك أن السائلة لا نطق في هذه الصورة لان الخطاب العام يتصر على سببه الخاص وسببه سؤال الطلاق من سواها ولنا أن اللفظ عام فيها ولم يرد به غير مقتضاه فوجب العمل بعمومه كالصورة الاولى ، والعمل بعموم اللفظ أولى من خصوص السبب لان دليل الحكم هو اللفظ فيجب اتباعه والعمل بمقتضاه في خصوصه وعمومه ولذلك لو كان أخص من السبب لوجب قصره على خصوصه وانباع صفة اللفظ دون صفة السبب فان أخرج السائلة بنية دين فيها بينه وبين الله تعالى في صورتين وقبل في الحكم في الصورة الثانية لان خصوص السبب دليل على نية ولم يقبل في الصورة الاولى قاله ابن حامد لان طلاقه

وذلك ان لا يخرج من الكلام الى غير ذكر الطلاق فان تفرقا عن ذلك الكلام الى كلام غيره بطل خيارها قال أحمد اذا قال لامرأته اختاري فلها الخيار ماداموا في ذلك الكلام فان طال المجلس وأخذوا في كلام غير ذلك ولم تختار فلا خيار لها وهذا مذهب أبي حنيفة ونحوه مذهب الشافعي على اختلاف عنه فقلل عنه انه يقتيد بالمجلس وقيل هو على الفور وقال أحمد الخيار على مخاطبة الكلام وأن تجاريه وبجاريها انما هو جواب كلام ان أجابته من ساعته وإلا فلا شيء ، ووجهه أنه عليك مطابق تأخر قوله عن أول حال الامكان فلم يصح كما لو قامت من مجلسها فان قام أحدها عن المجلس قبل اختيارها بطل خيارها ، وقال أبو حنيفة يبطل بقيامها دون قيامه على أصله بان الزوج لا يملك الرجوع ، وعندنا ان الزوج يملك الرجوع فبطل بقيامه كما يبطل بقيامها ، وان كان أحدهما قائماً فركب أو مشى بطل الخيار وإن قعد لم يبطل لان القيام يبطل الفكر والارتياح في الخيار فيكون اعراضاً والقعود بخلافه ولو كانت قاعدة فانسكأت أو متسكئة فقدمت لم يبطل لان ذلك لا يبطل الفكرة ، وإن تشاغات باصلا بطل الخيار وان كانت في صلاة فأنتمتها لم يبطل خيارها وان أضافت اليها ركعتين أخريين بطل خيارها وإن أكلت شيئاً أو قات بسم الله أو سبحت شيئاً يسيراً لم يبطل لان ذلك ليس باعراض وان قالت ادعوا لي شهوداً أشهدهم على ذلك لم يبطل وإن كانت راكبة فسارت لم يبطل خيارها وهذا كله قول أصحاب الرأي

❦ مسئلة ❦ (فان حمل لها الخيار اليوم كله أو جعل أمرها بيدها فردته أو رجع فيه أو وطئها

بطل خيارها هذا المذهب)

جواب أسوأها الطلاق لنفسها فلا يصدق في صرفه عنها لأنه يخالف الظاهر من وجهين ولأنها سبب الطلاق وسبب الحكم لا يجوز إخراجها من العموم بالتخصيص ، وقال القاضي يحتمل أن لا تنطق لأن لفظه عام والعام يحتمل التخصيص

(فصل) فإن قال أنت طالق إن دخلت الدار . ثم قال إنما أردت الطلاق في الحال لكن سبق لساني إلى الشرط طلقت في الحال لأنه أقر على نفسه بما يوجب الطلاق فلزمه كما لو قال قد طلقها فإن قال بعد ذلك كذبت وإنما أردت طلاقها عند الشرط دين في ذلك ولم يقبل في الحكم لأنه رجع عما أقر به

(فصل) وقول الحرقى : واستثنى شيئاً بقلبه يدل بمفهومه على أنه إذا استثنى باللسان صح ولم يقع ما استثناء وهو قول جماعة أهل العلم ، قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا قال لامرأته أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة منها ناطق طلقين منهم الثوري والشافعي وأصحاب الرأي ، وحكي عن أبي بكر أن الاستثناء لا يؤثر في عدد الطلقات ويجوز في المطلقات أن تقول أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة وقع الثلاث ولو قال نسائي طوالت إلا فلانة لم تطلق لأن الطلاق لا يمكن رفعه بعد إيقاعه ، والاستثناء يرفعه لو صح ، وما ذكره من التعليل باطل بما سلكه من الاستثناء في المطلقات ، وليس الاستثناء رفعاً لما وقع إذ لو كان كذلك لما صح في المطلقات ولا الاعتاق ولا في الإقرار ولا

إذا جعل لها الخيار اليوم كله أو أكثر من ذلك أو متى شاءت فلها الخيار في تلك المدة وإن قال اختاري إذا شئت أو متى شئت فلها ذلك لأن هذه تفيد جعل الخيار لها في عموم الاوقات فإن ردت ذلك أو جعل أمرها بيدها فردته بطل خيارها لأنها إنما ما كتبه بالوكالة فهي كالوكيل إذا رد الوكالة وإن رجع فيما ملكها بطل أيضاً كما إذا رجع الموكل فيما وكل فيه ، وإن وطئها فهو رجوع أيضاً لأنه يدل على الرجوع أشبه ما لو رجع بالقول ، ويحتمل أن لا تنفسخ الوكالة كما لو وكله في بيع دار وسكنها ذكره ابن أبي موسى وإن قال اختاري اليوم وغداً وبعد غد فلها ذلك فإن ردت الخيار في الأول بطل كله ، وإن قال لها لا تعجلي حتى تستأمرني أبويك ونحوه فلها الخيار على التراخي فإن النبي ﷺ قال ذلك لعائشة فدل على أن خيارها لا يبطل بالتأخير ، وإن قال اختاري نفسك اليوم واختاري نفسك غداً فردته في اليوم الأول لم يبطل في الثاني ، وقال أبو حنيفة لا يبطل في المسئلة الأولى أيضاً لأنها خياران في وقتين فلم يبطل أحدهما برد الآخر قياساً على المسئلة الثانية

ولنا أنه خيار واحد في مدة واحدة فإذا بطل أوله بطل ما بعده كالأمر في يوم واحد وكخيار الشرط ، ولا نسلم أنها خياران وإنما هو خيار واحد في يومين ، وفارق ما إذا قال اختاري نفسك اليوم واختاري نفسك غداً فإنها خياران لأن كل واحد ثبت بسبب مفرد

(فصل) ولو خيرها شهراً فاختارت ثم تزوجها لم يكن لها عليه خيار وعند أبي حنيفة لها الخيار

الآخبار وإنما هو مبين أن المستثنى غير مراد بالكلام فهو بمنع أن يدخل فيه ما أولاه لدخل فقوله (فلت فيهم ألف سنة إلا خمسين) عاما عبارة عن تسعمائة وخمسين ، وقوله (إني براء مما تعبدون) إلا الذي فطرني) تبرؤ من غير الله فكذلك قوله أنت طالق ثلاثا إلا واحدة عبارة عن اثنتين لا غير وحرف الاستثناء المستولى عليه لا ويشبه به أمما وأفعال وحرف فلا سمما غير وسوى والأفعال ليس ولا يكون وعدا والحروف حاشا وخلا فأي كلمة استثنى بها صح الاستثناء.

(فصل) ولا يصح استثناء الأكثر نص عليه أحد فلو قال أنت طالق ثلاثا لا اثنتين وقع ثلاث والأكثر على أن ذلك جائز وقد ذكرناه في الإفراز وذكرنا أن أهل العربية إنما أجازوه في القليل من الكثير وحكيما ذلك عن جماعة من أئمة أهل اللغة فإذا قال أنت طالق ثلاثا لا واحدة وقع اثنتان وإن قال الا اثنتين وقع ثلاث وإن قال طلقين الا طلبة ففيه وجهان (أحدهما) يقع طلبة (والثاني) طلبةتان بناء على استثناء النصف هل يصح أو لا ؟ على وجهين . وإن قال أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا وقع ثلاث بغير خلاف لأن الاستثناء لرفع بعض المستثنى منه فلا يصح أن يرفع جميعه . وإن قال أنت طالق خمسا إلا ثلاثا وقع ثلاث لأن الاستثناء ان عاد إلى الخمس فقد استثنى الأكثر وإن عاد إلى الثلاث التي يملكها فقد رفع جميعها وكلاهما لا يصح ، وإن قال خمسا الا طلبة ففيه وجهان (أحدهما) يقع ثلاث لأن الكلام مع الاستثناء كأنه نطق بما عدا المستثنى فكأنه قال أنت طالق أربعة (والثاني)

ولنا أنها استوفت ما جعل لها في هذا المقدم فلم يكن لها في عقد ثان كالأول اشترط الخيار في سبعة مدة ثم فسخ ثم اشتراها بعقد آخر في تلك المدة ، ولو لم تحت نفسها أو اختارت زوجها وطلقتها الزوج ثم زوجها بطل لأن الخيار المشروط في عقد لا يثبت في عقد سواء كما في البيع ، والحكم في قوله أمرك بيدك في هذا كله كالحكم في التخيير لأنه نوع تخيير ولو قال لها اختاري أو أمرك بيدك اليوم وبعد الغد فردت في اليوم الأول لم يبطل في بعد غد لأنها خياران يفصل أحدهما عن صاحبه فلا يبطل أحدهما ببطلان الآخر بخلاف ما إذا كان الزمان متصلا واللفظ واحد فانه خيار واحد يبطل كله ببطلان بعضه ، وإن قال لك الخيار يوماً أو أمرك بيدك يوماً فابتدأه من حين نطق به إلى مثله من الغد لأنه لا يمكن استكمال يوم بتمامه إلا بذلك وإن قال شهراً فن ساعة نطق إلى استكمال ثلاثين يوماً إلى مثل تلك الساعة وإن قال الشهر أو اليوم أو السنة فهو على ما بقى من اليوم والشهر والسنة ، وخرج أبو الخطاب في كل مسألة وجهها مثل حكم الأخرى أي خرج في قوله أمرك بيدك وجهها أنها لا تطلق أكثر من واحدة وأنها تنقيد بالمجلس بشرط أن لا يتشاغلا بما يقطع كلامهما ، وفي قوله اختاري نفسك أنه لا يتقيد بالمجلس وإن لها أن تطلق أكثر من واحدة عند الإطلاق قياساً لكل واحدة منهما على الأخرى

(فصل) فإن خيرها فاختارت زوجها أو ردت الخيار أو الأمر لم يقع شيء نص عليه أحمد في رواية الجماعة وروي ذلك عن عمر وعلي وزيد وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم وهو قول عمر ابن عبد العزيز وابن شبرمة وابن أبي ليلى والثوري والشافعي وابن المنذر وعن الحسن تكون واحدة

يقع اثنتان ذكره القاضي لأن الاستثناء يرجع إلى ما لم يسم به من الطلقات وهي اثلاث وما زاد عليها يلفو وقد استثنى واحدة من الثلاث فيصح ويقع طلقتان

وان قال أنت طالق أربعا الا اثنتين فعلى الوجه الاول يصح الاستثناء ويقع اثنتان ، وعلى قول القاضي ينبغي أن لا يصح الاستثناء ويقع ثلاث لأن الاستثناء يرجع إلى الثلاث فيكون استثناء الاكثر (فصل) فان قال أنت طالق اثنتين وواحدة الا واحدة ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح الاستثناء لأن الاستثناء يرفع الجملة الأخيرة بكاملها من غير زيادة عليها فيصير ذكرها واستثناءها لغواً وكل استثناء أفضى تصحيحه إلى الغاية وإلغاء المستثنى منه بطل كاستثناء الجميع ولأن إلغاءه وحده أولى من إلغاءه مع إلغاء غيره ولأن الاستثناء يعود إلى الجملة الأخيرة في أحد الوجهين فيكون استثناء الجميع (والوجه الثاني) يصح الاستثناء ويقع طلقتان لأن العطف بالواو يجعل الجملتين كجملة واحدة فيصير مستثنياً واحدة من ثلاث ولذلك لو قال له علي مائة وعشرون درهماً الا خمسين صح والاول أصح وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي

وان قال أنت طالق واحدة واثنين الا واحدة فعلى الوجه الثاني يصح الاستثناء وعلى الوجه الاول يخرج في صحته وجهان بناء على استثناء النصف وان قال أنت طالق وطالق وطالق الا طلقة أو قال طالق طلقتين ونصنا الا طلقة فالحكم في ذلك كالحكم في المسئلة الاولى سواء وان كان العطف بغير

رجمية وروي ذلك عن علي رضي الله عنه ورواه اسحاق بن منصور عن أحمد قال ان اختارت زوجها فواحدة يملك الرجعة وان اختارت نفسها فثلاث قال أبو بكر انفرد بهذا اسحاق بن منصور والعمل على ما رواه الجماعة ووجه هذه الرواية ان التخيير كناية نوى بها الطلاق فوقع بها بمجرد كسائر كنهائاته كقوله أنكحي من شئت

ولما قول عائشة قد خيرنا رسول الله ﷺ فكان طلاقاً وقالت لما أمر النبي ﷺ بتخيير أزواجه بدأ بي فقال إني لخبرك خبراً فلا عليك ألا تعجلي حتى تستأمرني أبو بكر ثم قال ان الله تعالى قال (يا أيها النبي قل لأزواجك إن كنتم تردن الحياة الدنيا وزينتها — حتى بلغ — ان الله أعد للمحسنات منكم أجراً عظيماً) فقلت في أي هذا أستأمر أبوي؟ فاني أريد الله ورسوله والدار الآخرة قالت ثم فعل أزواج النبي ﷺ مثل ما فعلت متفق عليهما قال مسروق ما أبالي خیرت امرأتي واحدة أو مائة أو ألفاً بعد ان تخارني ولانها خيرة اختارت النكاح فلم يقع بها الطلاق كالمعتقة تحت عبد وقولهم ان التخيير كناية نوى بها الطلاق فوقع بها بمجرد كسائر كنهائاته قلنا انما أراد بذلك تفويض الطلاق إلى زوجته لا إيقاع الطلاق وصار ذلك كقوله طلقي نفسك فانه لا يقع بذلك طلاق والكناية مع النية لا ترد على الصريح فأما ان نوى بقوله اختاري نفسك إيقاع الطلاق وقع كسائر الكنهائات

واو كقوله أنت طالق فطالق أو طالق ثم طالق أو طالق إلا طلقة لم يصح الاستثناء لان هذا حرف يقتضي الترتيب وكون الطلقة الأخيرة مفردة عما قبلها فيعود الاستثناء اليها وحدها فلا يصح ، وان قال أنت طالق اثنتين واثنتين إلا اثنتين لم يصح الاستثناء لانه ان عاد الى الجملة التي تليها فهو رفع لجميعها وان عاد إلى الثلاث التي يملكها فهو رفع لأكثرها وكلاهما لا يصح ، ويحتمل أن يصح بناء على أن العطف بالواو يجعل الجمليتين جملة واحدة وان استثناء النصف يصح فكأنه قال أربعاً إلا اثنتين وان قال أنت طالق اثنتين واثنتين إلا واحدة احتمل أن يصح لانه استثنى واحدة من ثلاث واحتمل أن لا يصح لانه ان عاد إلى الرابعة فقد بقي بعدها ثلاث وان عاد إلى الواحدة الباقية من اثنتين فهو استثناء الجميع (فصل) وان قال أنت طالق ثلاثا إلا طلقة وطلقة وطلقة ففيه وجهان [أحدهما] يلغو الاستثناء ويتبع ثلاث لان العطف يوجب اشتراك المعطوف مع المعطوف عليه فيصير مستثنى الثلاث من ثلاث وهذا وجه لأصحاب الشافعي وقول أبي حنيفة (والثاني) يصح الاستثناء في طلقة لان استثناء الأقل جائز وإنما لا يصح استثناء الثانية والثالثة فيلغو وحده وقال أبو يوسف ومحمد يصح استثناء اثنتين ويلغو في الثالثة بناء على أصلهم في أن استثناء الأكثر جائز وهو الوجه الثاني لأصحاب الشافعي وان قال أنت طالق طلقتين إلا طلقة وطلقة ففيه الوجهان وان قال أنت طالق ثلاثا إلا طلقة ونصف احتمل وجهين أيضاً [أحدهما] يلغو الاستثناء لان النصف يكل فيكون مستثنى الاكثر فيلغو (والثاني)

(مسئلة) (ولفظه الامر والخيار كناية في حق الزوج تفنقر الى نيته)

لفظة الامر من الكنايات الظاهرة والخيار من الخفية وكلاهما يحتاج الى النية لما ذكرنا في الكناية الظاهرة قوله إنها تحتاج الى نية وهو قول مالك وقد ذكرناه فان قبلته بلفظ الكناية فقالت اخترت نفسي افتقر الى نيته أيضاً كالزوج وان قالت طلقت نفسي وقم من غير نية لانه صريح فلم يحتاج الى نية كقوله أنت طالق فان نوى أحدهما دون الآخر لم يقع لان الزوج اذا لم ينو فافوض اليها الطلاق فلا يصح ان يوقعه وان نوى ولم تنو هي فقد فوض اليها الطلاق فما أوقعته فلم يقع شيء كالأقل وكل وكلا في الطلاق فلم يطلق وان نوى جميعاً وقع ما نواه من العدد وان نوى أحدهما أقل من الآخر وقع الأقل لان ما زاد انفرد به أحدهما فلم يقع

(مسئلة) (فان اختلفا في نيته فقال لم تنو الطلاق باختيارك نفسك فقالت قد نويت فالقول قولها) لانها أعلم بنية ولا نعلم ذلك الا من جهتها وان اختلفا في رجوعه فالقول قوله لانها اختلفا فيما يختص فكان القول قوله فيه كما لو اختلفا في نيته

(فصل) وإن قال أمرك بيدك أو قال اختاري فقالت قبلت لم يقع شيء كما لو قال لاجنبي أمر امرأتي بيدك فقال قبلت واختاري في معناه ونحوه ان قالت أخذت أمري نص عليهما أحمد في رواية إبراهيم بن هانيء اذا قال لامرأته أمرك بيدك فقالت قبلت ليس بشيء حتى يبين وقال اذا قالت اخذت

يصح في طقة فتقع طقتان لما ذكرنا في التي قبلها فن قال أنت طالق ثلاثا الا واحدة والا واحدة كان عاطفا لاستثناء على استثناء فيصح الاول ويلغوا الثاني ، لاننا لو صححناه لكان مستثنيا للاكثر فيقع به طقتان ويجبي على قول من أجاز استثناء الاكثر أن يصح فيها فتقع طقة واحدة وان قال أنت طالق ثلاثا الا واحدة الا واحدة كان مستثنيا من الواحدة المستثناة واحدة فيحتمل أن يلغوا الاستثناء الثاني ويصح الاول فيقع به طقتان، ويحتمل أن يقع به اثلاث لان الاستثناء الثاني معناه اثبات طقة في حقها لكون الاستثناء من النفي اثباتا فيقبل ذلك في ايقاع طلاقه ، وان لم يقبل في نفيه كما لو قال أنت طالق طقتين ونصفا وقع به ثلاث ، ولو قال أنت طالق ثلاثا الا نصف طقة وقع به ثلاث فكل النصف في الاثبات ولم يكمل في النفي .

(فصل) ويصح الاستثناء من الاستثناء ولا يصح منه في الطلاق الا مسألة واحدة على اختلاف فيها وهي قوله أنت طالق ثلاثا الا اثنتين الا واحدة ، فانا يصح اذا أجزنا استثناء النصف فيقع به طقتان فان قيل فكيف أجزتم استثناء الاثنتين من الثلاث وهي أكثرها ؟ قلنا لانه لم يسكت عليهما بل وصلهما بأن استثنى منها طقة فصار عبارة عن واحدة وان قال أنت طالق ثلاثا الا ثلاثين لم يصح لان استثناء الاثنتين من الثلاث لا يصح لانها أكثرها ، واستثناء الثلاث من الثلاث لا يصح لانها جميعها وان قال ثلاثا الا ثلاثا الا واحدة لم يصح ووقع ثلاث لانه اذا استثنى واحدة من ثلاث بقي

امري ليس بشيء قال واذا قال لامرأته اختاري فاخترت فقالت قبلت نفسي واخترت نفسي كان ابن قال القاضي ولو قالت اخترت ولم تقل نفسي لم تطلق وان نوت ولو قال الزوج اختاري ولم يقل نفسك ولم ينوه لم تطلق ما لم يذكر نفسها ما لم يكن في كلام الزوج أوجوابا ما يصرف الكلام اليه لان ذلك في حكم التفسير فاذا عري عن ذلك لم يصح وان قالت اخترت زوجي واخترت البقاء علمي النكاح او رددت الخيار أو رددت عليك سفهتك بطل الخيار وان قالت اخترت نفسي او أنوي ونوت وقع الطلاق ولان هذا يصح ان يكون كناية من الزوج فيما إذا قال الحقني باهلك فكذلك منها وان قالت اخترت الزوج فكذلك لانهم لا يحملون الا بمفارقة هذا الزوج ولذلك كان كناية منه في قوله أنكحي من شئت

(فصل) فان كرر لفظة الخيار ثلاث مرات فقال اختاري اختاري اختاري فقال أحمد ان كان ما يردد عليها ليفهمها وليست نيته ثلاثا فهي واحدة وان كان أراد بذلك ثلاثا فهي ثلاث فرد الامر الى نيته في ذلك وهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة اذا قبلت وقع ثلاث لانه كرر ما يقع به الطلاق فيكرر كما لو كرر الطلاق

ولنا أنه يحتمل التأكيذ فاذا قصده قبلت نيته كما لو قال أنت طالق الطلاق وان أطلق فقد روي عن أحمد ما يدل على أنها واحدة تملك الرجعة وهذا اختيار القاضي ومذهب عطاء وأبي ثور لان تكرر

اثنان لا يصح استثناءهما من الثلاث الأولى فيقع الثلاث وذكر أبو الخطاب فيها وجها آخر أنه يصح لأن الاستثناء الأول يلفو لكونه استثناء الجميع فيرجع قوله إلا واحدة إلى الثلاث المثبتة فيقع منها طلقان والأول أولى لأن الاستثناء من الإثبات نفي ومن النفي إثبات فإذا استثنى من الثلاث المنفية طاعة كان مثبتا لها فلا يجوز جعلها من الثلاث المثبتة لأنه يكون إثباتا من إثبات ولا يصح الاستثناء في جميع ذلك إلا متصلا بالكلام وقد ذكر في الإقرار والله أعلم

﴿مسئلة﴾ قال (وإذا قال لها أنت طالق في شهر كذا لم تطلق حتى تغيب شمس اليوم الذي يلي الشهر المشترط)

وجملة ذلك أنه إذا قال أنت طالق في شهر عينه كسهر رمضان وقع الطلاق في أول جزء من الليلة الأولى منه وذلك حين تغرب الشمس من آخر يوم من الشهر الذي قبله وهو شهر شعبان وبهذا قال أبو حنيفة وقال أبو ثور يقع الطلاق في آخر رمضان لأن ذلك يحتمل وقوعه في أوله وآخره فلا يقع إلا بعد زوال الاحتمال .

ولنا أنه جعل الشهر ظرفا للطلاق فإذا وجد ما يكون ظرفا له طلقت كما لو قال إذا دخلت الدار فأنت طالق فإذا دخلت أول جزء منها طلقت فأما أن قال إن لم أقضك حنك في شهر رمضان

التخير لا يزيد به الخيار كشرط الخيار في البيع وروي عن أحمد رحمه الله إذا قال لامرأته اختاري فقالت اخترت نفسي هي واحدة إلا أن يقول اختاري اختاري وهذا يدل على أنها تطلق ثلاثاً ونحوه قال الشعبي والنخعي وأصحاب الرأي ومالك لأن لفظة الواحدة إذا تكررت اقتضت ثلاثاً كلفظة الطلاق (فصل) ويجوز أن يجعل أمر امرأته بيدها بموض وحكمه حكم ما لا عوض له في أن له الرجوع فيما جعل لها وأنه يبطل بالوطء قال أحمد إذا قالت امرأته اجعل أمري بيدي وأعطيك عبدي هذا فقبض العبد وجعل أمرها بيدها فلها أن تختار ما لم يطأها أو ينقضه وذلك لأنه توكيل والتوكيل لا يبطل بدخول العوض فيه وكذلك التحليل بموض لا يلزم ما لم يتصل به القبول

﴿مسئلة﴾ (وإن قال طلقي نفسك فقالت اخترت نفسي ونوت الطلاق وقم)

ويحتمل أن لا يقع لأنه فوضه إليها بلفظ الصريح فلا يصح أن يوقع ما فوضه إليها ، ووجه الأول أنه فوض إليها الطلاق وقد أوقعته فوقه كما لو أوقعته بلفظ الصريح ولا يصح ما ذكره ولأن التوكيل في شيء لا يقتضي أن يكون إيقاعه بلفظ الأمر كما لو وكله فقال بع داري فباع بلفظ التملك صح وكما لو قال لها اختاري نفسك فقالت طلقت نفسي فإنه يقع مع اختلاف اللفظ

﴿مسئلة﴾ (وليس لها أن تطلق أكثر من واحدة إلا أن يجعل إليها أكثر منها)

قال أحمد رحمه الله إذا قال لامرأته طلقي نفسك ونوى ثلاثاً فطلقت نفسها ثلاثاً فهي ثلاث

فأمرني طالق لم تطلق حتى يخرج رمضان قبل قضائه لانه اذا قضاء في آخره لم توجد الصفة وفي الموضوعين لا يمنع من وطء زوجته قبل الحنث وقال مالك يمنع وكذلك كل يمين على فعل بفعله يمنع من الوطء قبل فعله لان الظاهر أنه على حنث لان الحنث بترك الفعل وليس بفعله
وانما أن طلاقه لم يقع فلا يمنع من الوطء لأجل اليمين كما لو حلف لا فعلت كذا ولو صح ما ذكره لوجب إيقاع الطلاق .

(فصل) ومتى جعل زمناً ظرفاً للطلاق وقع الطلاق في أول جزء منه مثل أن يقول أنت طالق اليوم أو غداً أو في سنة كذا أو شهر المحرم لما ذكرنا فان قال في آخره أو أوسطه أو يوم كذا منه أو في النهار دون الليل قبل منه فيما بينه وبين الله تعالى ، وهل يقبل في الحكم ؟ يخرج على روايتين وان قال أنت طالق في أول رمضان أو غرة رمضان أو في رأس شهر رمضان أو دخول شهر رمضان أو استقبال رمضان أو محبي شهر رمضان طلقت بأول جزء منه ولم يقبل قوله اردت أو وسطه أو آخره لا ظاهراً ولا باطناً لانه لا يحتمله لفظه وان قال بانقضاء رمضان أو انسلخه أو نفاذه أو مضيه طلقت في آخر جزء منه وان قال أنت طالق في أول نهار شهر رمضان أو في أول يوم منه طلقت بطولع فجر أول يوم منه لان ذلك أول النهار واليوم ولهذا لو نذر اعتكاف يوم أو صيام يوم لزمه من طلوع الفجر وان قال أنت طالق اذا كان رمضان أو إلى رمضان أو إلى هلال رمضان أو في هلال رمضان طلقت ساعة

وإن نوى واحدة فهي واحدة وذلك لان الطلاق يكون واحدة ثلاثاً فأيهما نواه فقد نوى بلفظه ما احتمله وإن لم ينو وقع واحدة لأنها اليقين لان النطق يتناول أقل ما يقع عليه الاسم
﴿مسئلة﴾ (وإذا قال وهبتك لاهلك فان قبلوها فواحدة وإن ردوها فلا شيء، وعنه إن قبلوها فثلاث وإن ردوها فواحدة وكذلك إذا قال وهبتك لنفسك)

الرواية الاولى هي المشهورة عن أحمد نص عليها وبه قال ابن مسعود وعطاء ومسروق والزهرى ومكحول ومالك واسحاق وروى عن علي رضي الله عنه والنخعي إن قبلوها فواحدة بائنة وإن لم يقبلوها فواحدة رجعية، وروى عن أحمد مثل ذلك وعن زيد بن ثابت والحسن ان قبلوها فثلاث ، وقال ربيعة ويحيى بن سعيد وأبو الزناد ومالك هي ثلاث على كل حال قبلوها أو ردوها، وقال أبو حنيفة فيها كقوله في الكناية الظاهرة ومثله قال الشافعي واختلفا ههنا بناء على اختلافهما ثم

ولنا على أنها لا تطلق إذا لم يقبلوها أنه تمليك للبضع فافتقر فيه الى القبول كقوله اختاري وأمرك بيدك وكالنيكاح وعلى أنها لا تكون ثلاثاً انه لفظ يحتمل فلا يحتمل على الثلاث عند الاطلاق كقوله اختاري وعلى أنها رجعية أنها طلقة لمن عليها عدة بغير عوض قبل استيفاء العدد فكانت رجعية كقوله أنت طالق ثنتين وقوله أنها واحدة محمول على ما إذا أطلق النية أو نوى واحدة فأما ان نوى ثلاثاً أو اثنتين فهو على ما نوى لأنها كناية غير ظاهرة فيرجع الى نيته في عددها كسائر الكنايات ولا بد

يستسهل إلا أن يكون نوى من الساعة إلى الهلال فتطلق في الحال وإن قال أنت طالق في محبي ثلاثة أيام طلقت في أو اليوم الثالث

(فصل) وإذا أوقع الطلاق في زمن أو علقه بصفة تعلق بها ولم يقع حتى تأني الصفة والزمن وهذا قول ابن عباس وعطاء وجابر بن زيد والنخعي وأبي هاشم والثوري والشافعي وإسحاق وأبي عبيد وأصحاب الرأي وقال سعيد بن المسيب والحسن والزهري وقنادة ويحيى الأنصاري وربيعة ومالك إذا علق الطلاق بصفة تأتي لا محالة كقوله أنت طالق إذا طلعت الشمس أو دخل رمضان ملكت في الحال لأن النكاح لا يكون مؤقتاً بزمان ، ولذلك لا يجوز أن يتزوجها شهراً

ولنا أن ابن عباس كان يقول في الرجل يقول لامرأته أنت طالق إلى رأس السنة قال يطأ فيما بينه وبين رأس السنة ، ولأنه إزالة ملك يصح تعليقه بالصفات فتى علقه بصفة لم يقع قبلها كاعتق قائم سلموه ، وقد احتج أحمد بقول أبي ذر إن لي إبلاً يرعاها عبد لي وهو عتيق إلى الحول ، ولأنه تعليق للطلاق بصفة لم توجد فلم يقع كما لو قال أنت طالق إذا قدم الحاج وليس هذا توقيتاً للنكاح وإنما هو توقيت للطلاق وهذا لا يمنع مما أن النكاح لا يجوز أن يكون معلقاً بشرط والطلاق يجوز فيه التعليق

(فصل) ولو قال أنت طالق إلى شهر كذا أو سنة كذا فهو كما لو قال في شهر كذا أو سنة كذا ولا يقع الطلاق إلا في أول ذلك الوقت وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة يقع في الحال لأن قوله أنت

من أن ينوي بذلك الطلاق أو تكون ثم دلالة حال لأنها كناية ولا بد للكناية من ذلك . قال القاضي وينبغي أن تعتبر النية من الذي يقبل أيضاً كما تعتبر في اختيار الزوجة إذا قال لها اختاري أو أمرك بيدك إذا ثبت هذا فإن صفة القبول أن يقول أهلها قبلناها نص عليه أحمد والحكم في هبتها لنفسها أو لاجنبي كالحكم في هبتها لاهلها

(فصل) فإن باع امرأته لغيره لم يقع به طلاق وإن نوى ، وبه قال الثوري وإسحاق ومالك تطلق واحدة وهي أملك بنفسها لأنه أتى بما يقتضي خروجها عن ملكه أشبه ما لو وهبها ولنا أن البيع لا يتضمن معنى الطلاق لأنه نقل ملك بعوض والطلاق مجرد اسقاط لا يقتضي العوض فلم يقع به طلاق كقوله أطعميني واسقيني

(فصول في قول الزوج لامرأته أمرك بيدك) قد ذكرنا أن الزوج إذا قال لامرأته أمرك بيدك أنه في يدها ما لم يفسخ أو يطأ لأن الزوج خير بين أن يطلق بنفسه وبين أن يوكل فيه وإن يفوضه إلى المرأة ويجعله إلى اختيارها لأن النبي ﷺ خير نساءه فاخترنه ومتى جعل أمر امرأته بيدها لم يتقيد بالجلس روي ذلك عن علي رضي الله ، وبه قال الحكم وأبو ثور وابن المنذر ، وقال مالك والشافعي وأصحاب الرأي هو مقصور على المجلس كقوله اختاري

طالق إيقاع في الحال، وقوله إلى شهر كذا تأقيت له وغاية وهو لا يقبل التأقيت فبطل التأقيت ووقع الطلاق ولنا قول ابن عباس وقول أبي ذر ولأن هذا يحتمل أن يكون توقيناً لا إيقاعه كقول الرجل أنا خارج إلى سنة أي بعد سنة، وإذا احتمل الأمرين لم يقع الطلاق بالشك وقد ترجع ما ذكرناه من وجهين: (أحدهما) أنه جعل للطلاق غاية ولا غاية لا آخره وإنما الغاية لأوله

(والثاني) أن ما ذكرناه عمل باليقين وما ذكره أخذ بالشك فإن قال أردت أنها طالق في الحال إلى سنة كذا وقع في الحال لأنه يقر على نفسه بما هو أغاظ ولفظه يحتمله، وإن قال أنت طالق من اليوم إلى سنة طلقت في الحال لأن من لا ابتداء الغاية فيتمضي أن طلاقها من اليوم فإن قال أردت أن عقد الصفة من اليوم ووقوعه بعد سنة لم يقع إلا بعدها، وإن قال أردت تكرير وقوع طلاقها من حين لفظت به إلى سنة طلقت من ساعتها ثلاثاً إذا كانت مدخولاً بها، قال أحمد إذا قال لها أنت طالق من اليوم إلى سنة يريد التوكيد وكثرة الطلاق فتلك طالق من ساعتها

(فصل) إذا قال أنت طالق في آخر أول الشهر طلقت في آخر أول يوم منه لأنه أوله، وإن قال في أول آخره طلقت في أول آخر يوم منه لأنه آخره، وقال أبو بكر في الأولى تطلق بغروب الشمس من اليرم الخامس عشر منه، وفي الثانية تطلق بدخول أول الليلة السادس عشر منه لأن الشهر نصفان

ولنا قول علي رضي الله عنه في رجل جعل أمر امرأته بيدها قال هو لها حتى تسكن ولأنه نوع توكيل في الطلاق فكان على التراخي كما لو جعله لاجنبي فإن رجع الزوج فيما جعل اليها أو قال فسخت ما جعلت اليك بطل وبذلك قال عطاء ومجاهد والشعبي والنخعي والاوزاعي وإسحاق وقال الزهري والثوري ومالك وأصحاب الرأي ليس له الرجوع لأنه ملكها ذلك فلم يملك الرجوع كما لو طلقت

ولنا أنه توكيل فكان له الرجوع فيه كالتوكيل في البيع وكما لو وكل في ذلك أجنبياً ولا يصح قولهم تملك لأن الطلاق لا يصح تملكه ولا ينتقل عن الزوج وإنما ينوب غيره فيه عنه وإن سلم أنه تملك فالتملك يصح الرجوع فيه قبل اتصال القبول به كالبيع، وإن وطئها الزوج كان رجوماً لأنه نوع توكيل والتصرف فيما توكل فيه يبطل الوكالة وإن ردت المرأة ما جعل اليها بطل كما تبطل الوكالة برد الوكيل.

(فصل) ولا يقع الطلاق بمجرد هذا القول ما لم ينو به إيقاع طلاقها في الحال أو تطلق نفسها ومتى ردت الأمر الذي جعل اليها بطل ولم يقع شيء في قول أكثر أهل العلم منهم ابن عمر وسعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز ومسروق وعطاء ومجاهد والزهري والثوري والاوزاعي والشافعي وقول قتادة إن ردت فواحدة رجعية

ولنا أنه توكيل رده الوكيل أو تملك لم يقبله المملك فلم يقع به شيء كسائر التوكيل والتمليك فأما

أول وآخر فأخر أوله يلي أول آخره وهذا قول أبي العباس بن شريح ، وقال أكثرهم كقولنا وهو أصح فإن ماعدا اليوم الاول لا يسمى أول الشهر ويصح نفيه عنه وكذلك لا يسمى أوسط الشهر آخره ولا يفهم ذلك من اطلاق لفظه فوجب أن لا يصرف كلام الحالف اليه ولا يحمل كلامه عليه

(فصل) واذا قال اذا مضت سنة فأنت طالق أو أنت طالق إلى سنة فإن ابتداء السنة من حين حلف إلى تمام اثني عشر شهراً بالاهلة لقوله تعالى (يسئلونك عن الاهلة قل هي مواقيت للناس والحج) فإن حلف في أول الشهر فإذا مضى اثنا عشر شهراً وقع طلاقه ، وإن حلف في اثناء شهر عددت ما بقي منه ثم حسبت بعد بالاهلة فإذا مضت أحد عشر شهراً نظرت ما بقي من الشهر الاول فكماله ثلاثين يوماً لان الشهر اسم لما بين هلالين فإن تفرق كان ثلاثين يوماً ، وفيه وجه آخر أنه تعتبر الشهور كلها بالعدد نص عليه احمد فيمن نذر صيام شهرين متتابعين فاعترض الايام ؟ قال يصوم ستين يوماً وإن ابتداء من شهر فصام شهرين فكانا ثمانية وخمسين يوماً أجزاء وذلك انه لما صام نصف شهر وجب تكمله من الذي يليه فكان ابتداء الثاني من نصفه أيضاً فوجب أن يكمله بالعدد وهذا المعنى موجود في السنة ووجه الاول أنه أمكن استيفاء أحد عشر بالاهلة فوجب الاعتبار بها كما لو كانت يمينه في أول شهر ولا يلزم أن يتم الاول من الثاني بل يتمه من آخر الشهور ، وإن قال أردت بقولي سنة اذا انسلخ ذو الحجة قبل لانه يقر على نفسه بما هو أغاظ ، وإن قال اذا مضت السنة فأنت طالق طلقت

أن نوى بهذا تطليقها في الحال طلقت في الحال ولم يحتج الى قبولها كما لو قال حبلك على غاربك (مسئلة) (فان قالت اخترت نفسي فهي واحدة رجعية)

روي ذلك عن عمر وابن عباس وبه قال عمر بن عبد العزيز والثوري وابن أبي ليلى والشافعي واسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وروى عن علي أنها واحدة بائنة وبه قال ابو حنيفة واصحابه لان تملكها اياها امرها يقتضي زوال سلطانه عنها فإذا قبلت ذلك الاختيار وجب ان يزول عنها ولا يحصل ذلك مع بقاء الرجعة وعن زيد بن ثابت انها ثلاث ، وبه قال الحسن ومالك والليث الا أن مالكا قال : اذا لم تكن مدخولا بها قبل منه اذا اراد واحدة أو اثنتين وحجبتهم ان ذلك يقتضي زوال سلطانه عنها ولا يكون ذلك الا بثلاث وفي قول مالك ان غير المدخول بها يزول سلطانه عنها بواحدة فاكتمى بها ولنا أنها لم تطلق بلفظ الثلاث ولا نوت ذلك فلم تطلق ثلاثاً كما لو أتى الزوج بالكنايات الخفية وهذا اذا لم تنو الا واحدة فان نوت اكثر منها وقع ما نوت لانها تملك الثلاث بالتصريح فلكتمتها بالكنايات كالزوج وهكذا ان أتت بشيء من الكنايات فحكها فيها حكم الزوج ان كانت مما يقع بها الثلاث من الزوج وقع بها الثلاث اذا أتت بها وان كانت من الكنايات الخفية نحو قولها لا تدخل علي ونحوها وقع ما نوت ، قال احمد اذا قال لها امرك بيدك فقالت لا تدخل علي الا باذن سواء في ذلك ان قالت واحدة فواحدة وان قالت اردت ان اغيظه قبل منها يعني لا يقع شيء ، وكذلك ان جعل

بإسلاخ ذي الحجة لانه لما عرفها بلام التعريف انصرفت إلى السنة المعروفة التي آخرها ذو الحجة ، فان قال أردت بالسنة اثني عشر شهراً قبل لان السنة اسم لها حقيقة

(فصل) فان قال أنت طالق في كل سنة طاعة فهذه صفة صحيحة لانه يملك إبقاعه في كل سنة فاذا جمل ذلك صفة جاز ويكون ابتداء المدة عقيب يمينه لان كل أجل ثبت بمطابق العقد ثبت عقيبه كقولهم والله لا كائنك سنة فيقع في الحال طاعة لانه جعل السنة ظرفاً لطلاق فتقع في أول جزء منها ، وتقع الثانية في أول الثانية والثالثة في أول الثالثة ان دخلتا عليها وهي في نكاحه لكونها لم تنقض عدتها أو ارتجعا في عدة الطلقة الاولى وعدة الثانية أو جرد نكاحها بعد أن بان ، فان انقضت عدتها فبان منه ودخلت السنة الثانية وهي بائن لم تطاق لكونها غير زوجة ، فان تزوجها في أثناءها اقتضى قول أكثر أصحابنا وقوع الطلاق عقيب تزويجه لما لانه جزء من السنة الثانية التي جعلها ظرفاً لطلاق وعملاله وكان سبيله أن تقع في أولها فمنع منه كونها غير محل الطلاق لعدم نكاحه حينئذ فاذا عادت الزوجية وقع في أولها ، وقال القاضي تطاق بدخول السنة الثالثة ، وعلى قول التميمي ومن وافقه تنحل الصفة بوجودها في حال البينة فلا تعود بحال ، وان لم يتزوجها حتى دخلت السنة الثالثة ثم نكحها طاعت عقيب تزويجها ثم طاعت الثالثة بدخول السنة الرابعة ، وعلى قول القاضي لانطق الا بدخول الرابعة ثم تطاق الثالثة بدخول الخامسة ، وعلى قول التميمي قد انحلت الصفة ، واختلف في مبدأ السنة

أمرها بيد اجنبي فأتى بهذه الكنايات لا يقع شيء حتى ينوي الوكيل الطلاق ثم ان طلق بلفظ صريح ثلاثاً أو بكناية ظاهرة وقت الثلاث وان كان بكناية خفية وقع ما نواه

﴿باب ما يختلف به عدد الطلاق﴾

(يملك الحر ثلاث طلاقات وان كان تحتة أمة ويملك العبد اثنتين وان كانت تحتة حرة) وجملة ذلك ان الطلاق معتبر بالرجال فان كان الزوج حراً فطلاقه ثلاث حرة كانت الزوجة أو أمة وان كان عبداً فطلاقه اثنتان حرة كانت زوجته أو أمة روي ذلك عن عمر وعثمان وزيد وابن عباس وبه قال سعيد بن المسيب ومالك والشافعي واسحاق وابن المنذر، وقال ابن عمر ايها رقيق نقص الطلاق برفقه فطلاق العبد اثنتان وان كان تحتة حرة وطلاق الأمة اثنتان وان كان زوجها حراً، وعنه ان الطلاق بالنساء فيملك زوج الحرة ثلاثاً وان كان عبداً وزوج الأمة اثنتين وان كان حراً روي ذلك عن علي رضي الله عنه وهو قول ابن مسعود وبه قال الحسن وابن سيرين وعكرمة وعبيدة ومسروق والزهري والحكم وحامد والثوري وابو حنيفة لما روت عائشة عن النبي ﷺ انه قال « طلاق الأمة تطليقتان » رواه ابو داود وابن ماجه ولان المرأة محل الطلاق فيعتبر بها كالمدة

الثانية فظاهر ما ذكره القاضي ان أولها بعد انقضاء اثني عشر شهراً من حين يمينه لانه جعل ابتداء المدة حين يمينه وكذلك قال أصحاب الشافعي ، وقال أبو الخطاب ابتداء السنة الثانية أول المحرم لانها السنة المعروفة فاذا علق ما يتكرر على تكرار السنين انصرف إلى السنين المعروفة كقول الله تعالى (أولاً يرون أنهم يفتنون في كل عام) وان قال أردت بالسنة اثني عشر آ قبل لانها سنة حقيقة ، وان قال نويت أن ابتداء السنين أول السنة الجديدة من المحرم دين قال القاضي ولا يقبل منه في الحكم لانه خلاف الظاهر والاولى أن يخرج على روايتين لانه محتمل مخالف للظاهر

(فصل) إذا قال أنت طالق إذا رأيت هلال رمضان طلقت برؤية الناس له في أول الشهر ، وهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة لا تطاق إلا أن يراه لانه علق الطلاق برؤية نفسه فأشبهه ما لو علمه على رؤية زيد

ولنا أن الرؤية للهلال في عرف الشرع العلم به في أول الشهر بدليل قوله عليه السلام « إذا رأيتم الهلال فصوموا وإذا رأيتموه فافطروا » والمراد به رؤية البعض وحصول العلم فانصرف لفظ الخالف إلى عرف الشرع كما لو قال إذا صليت فأنت طالق فانه ينصرف إلى الصلاة الشرعية لا إلى الدعاء وفارق رؤية زيد فانه لم يثبت له عرف شرعي بخلاف الحقيقة وكذلك لو لم يره أحد لكن ثبت الشهر بتمام العدد طلقت لانه قد علم طلوعه بتمام العدد ، وان قال أردت إذا رأيته بعيني قبل لانها رؤية حقيقة وتعلق الرؤية برؤية الهلال بعد الغروب فان رأى قبل ذلك لم تطاق لان هلال الشهر ما كان في أوله

ولنا ان الله خاطب الرجال بالطلاق فكان محله معتبراً بهم ولان الطلاق خالص حق الزوج وهو مما يختلف بالرق والحرية فكان اختلافه به كعدد المنكوحات ، وحديث عائشة قال ابو داود رواه مظاهر بن أسلم وهو منكر الحديث وقد أخرجه الدارقطني في سننه عن عائشة قالت قال رسول الله ﷺ « طلاق العبد اثنان فلا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره وقروا الامة حيضتان وتزوج الحرة على الامة ولا تزوج الامة على الحرة » وهذا نص ولان الحر يملك ان يتزوج اربعاً فملك طلقات ثلاثاً كما لو كان تحت حرة . ولا خلاف في ان الحر الذي زوجته حرة طلاقه ثلاث وان العبد الذي تحت حرة طلاقه اثنان ، وانما الخلاف فيما اذا كان احد الزوجين حراً والآخر رقيقاً قال احمد المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وطلاقه واحكامه كلها احكام العبد وهذا صحيح فانه جاء في الحديث « المكاتب عبد ما بقي عليه درهم » ولانه يصح عتقه ولا ينكح الا اثنتين ولا يتزوج ولا يتسرى الا باذن سيده وهذه احكام العبيد فيكون طلاقه كطلاق سائر العبيد ، وقد روى الاثرم في سننه عن سليمان بن يسار مكاتب ام سلمة طلق امرأة حرة تطليقتين فسأل عثمان وزيد بن ثابت عن ذلك فقالا حرمت عليك والمدير كما لعبد القن في نكاحه وطلاقه وكذلك المعلق عتقه بصفة لانه عبد فثبت فيه احكام العبد (فصل) قال احمد في رواية محمد بن الحكم العبد اذا كان نصفه حر أو نصفه عبد آ يتزوج ثلاثاً ويطلق ثلاث تطليقات

ولاننا جعلنا رؤية الهلال عبارة عن دخول أول الشهر ويحتمل أن تطلق برؤيته قبل الغروب لانه يسمى رؤية والحكم متعلق به في الشرع ، فان قال أردت اذا رأيته أنا بعيني فلم يره حتى أقمر لم تطلق لانه ليس بهلال واختاف فيها يصير به قرأ فقبل بعد ثالثة وقيل اذا استدار وقيل إذا بهر ضوءه

(فصل) قال احمد اذا قال لما أنت طالق ليلة القدر يعتزها اذا دخل العشر وقبل العشر أهل المدينة يرونها في السبع عشرة إلا أن ثبت عن النبي ﷺ في العشر الاواخر أنها أمره باجتنابها في العشر لان النبي ﷺ أمر بالتماس ليلة القدر في العشر الاواخر فيحتمل أن تكون أول ليلة منه ويمكن أن هذا منه على سبيل الاحتياط ولا يتحقق حشه إلى آخر ليلة من الشهر لاحتمال أن تكون هي تلك الليلة

(فصل) واذا علق طلاقاً على شرط مستقبل ثم قال عجبت لك تلك الطلقة لم تتجمل لانها معلقة بزمن مستقبل فلم يكن له الى تغييرها سبيل ، وإن أراد تعجيل طلاق سوى تلك الطلقة وقعت بها طاعة فاذا جاء الزمن الذي علق الطلاق به وهي في حباله وقع بها الطلاق المعلق

(فصل) اذا قال أنت طالق غداً اذا قدم زيد لم نطق حتى يقدم لان اذا اسم زمن مستقبل فعناه أنت طالق غداً وقت قدوم زيد وإن لم يقدم زيد في غد لم نطق ، وإن قدم بعده لانه قيد طلقها بقدوم بقيد بصفة فلا تطلق حتى توجد ، وإن ماتت غدوة وقدم زيد بعد موتها لم نطق لان الوقت الذي أوقع طلقها فيه لم يأت وهي محل لطلاق فلم نطق كما لو ماتت قبل دخول ذلك اليوم ،

وكذلك كل ما يجري بالحساب انما جعل له نكاح ثلاث لان عدد المنكوحات يتبع بعض فوجب ان يتبع بعض في حقه كالحذف كذلك كان له ان ينكح نصف ما ينكح العبد وذلك ثلاث ، وأما الطلاق فلا يمكن قسمته في حقه لان مقتضى حاله ان يكون له ثلاثة ارباع الطلاق وليس له ثلاثة ارباع فكل في حقه ولان لاصل اثبات الطلقات الثلاث في حق كل مطلق وانما خواف في حق من كل الرق فيه فنيها عداه يبقى على الاصل

﴿ مسألة ﴾ (فاذا قال انت الطلاق أو الطلاق لي لازم ونوى الثلاث طلقت ثلاثا)

قال اقاضي لا تختلف الرواية عن احمد فيمن قال لا راته انت الطلاق انه يقع نواه أو لم ينوه وهذا قال أبو حنيفة ومالك ولاصحاب الشافعي وجهان (احدهما) انه غير صريح لانه مصدر والاعيان لا توصف بالمصادر إلا مجازاً

وانما ان الطلاق لفظ صريح فلم يفتقر الى نية كالصرف وهو مستعمل في عرفهم قال الشاعر:

انوهت باسمي في العالمين وافنيت عمري عاماً فعاماً

فانت الطلاق وانت الطلاق وانت الطلاق ثلاثاً تماماً

قولهم انه مجاز قلنا نعم الا انه يتعذر حمله على الحقيقة ولا محمل له يظهر سوى هذا المحمل فتعين فيه . اذا ثبت ذلك فانه اذا قال انت الطلاق او الطلاق لي لازم او الطلاق يترمي او علي الطلاق فهو

وإن قال أنت طالق يوم يقدم زيد فقدم ليل لم تطلق لأنه لم يوجد الشرط إلا أن يريد باليوم الوقت فتطلق وقت قدومه لأن الوقت يسمى يوما قال الله تعالى (ومن يؤمهم يومئذ دبره) وإن ماتت المرأة غدوة وقدم زيد ظهرأ فففيه وجهان :

(أحدهما) تبين أن طلاقها وقع من أول اليوم لأنه لو قال أنت طالق يوم الجمعة طلقت من أوله فكذا إذا قال أنت طالق يوم يقدم زيد ينبغي أن تطلق بطول فجره

(والثاني) لا يقع الطلاق لأن شرطه قد دم زيد ولم يوجد إلا بعد موت المرأة فلم يقع بخلاف يوم الجمعة فإن شرط الطلاق محيي يوم الجمعة وقد وجد وهما شرطان فلا يؤخذ بأحدهما والاول أولى وليس هذا شرطا إنما هو بيان للوقت الذي يقع فيه الطلاق معرفا بفعل يقع فيه فيقع في أوله كقوله أنت طالق اليوم الذي نصلي فيه الجمعة ، ولو قل أنت طالق في اليوم الذي يقدم فيه زيد فكذلك ، ولو مات الرجل غدوة ثم قدم زيد أو مات الزوجان قبل قدوم زيد كان الحكم كما لو ماتت المرأة ، ولو قال أنت طالق في شهر رمضان إن قدم زيد تقدم فيه خرج فيه وجهان

(أحدهما) لا تطلق حتى يقدم زيد لأن قدومه شرط فلا يتقدمه المشروط بدليل ما لو قال أنت طالق إن قدم زيد فانها لا تطلق قبل قدومه بالاتفاق وكما لو قال إذا قدم زيد (والثاني) أنه إن قدم زيد تبينا وقوع الطلاق من أول الشهر قياسا على المسئلة التي قبل هذه

بمثابة قوله الطلاق يلزمي لأن من يلزمه شيء يضره فهو عليه كالدين . وقد اشتهر استعمال هذا في إيقاع الطلاق فهو صريح فانه يقال لمن وقع طلاقه لزمه الطلاق وقالوا إذا عقل الصبي الطلاق فطلق لزمه ولعلمهم ارادوا لزمه حكمه فخذفوا المضاف واقاموا المضاف اليه مقامه ثم اشتهر ذلك حتى صار من الاسماء العرفية وانعمرت الحقيقة فيه ويتبع مانواه واحدة أو اثنتين أو ثلاثا

(مسئلة) (فان لم ينو شيئا فففيه روايتان)

احداهما يقع الثلاث نص عليها أحمد في رواية منها وهي اختيار أبي بكر لأن الالف واللام للاستغراق فتقتضي استغراق الكل وهو ثلاث (والثانية) انها واحدة لأنه يحتمل ان تعود الالف واللام الى معهود يريد الطلاق الذي أوقته ولأن الالف واللام في أسماء الاجناس فتعمل الغير الاستغراق كثيرا كقوله ومن أكره على الطلاق وإذا عقل الصبي الطلاق وأشبه هذا مما يراد به ذلك الجنس ولا يفهم منه الاستغراق ، فعند ذلك لا يحمل على التعميم الا بنية صارفة اليه ، قال شيخنا والاشبه في هذا جميعه ان يكون واحدة في حال الاطلاق لأن أهل العرف لا يعتقدونه ثلاثا ولا يهلون ان الالف واللام للاستغراق ولهذا ينكر احدهم ان يكون طالق ثلاثا ولا يعتقد انه طالق الا واحدة فتقتضي اللفظ في ظنهم واحدة فلا يريدون الا ما يعتقدونه مقتضى لفظهم فيصير كأنهم نوى واحدة

(فصل) فاما ان قال لامرأته انت طالق ثلاثا فهي ثلاث وان نوى واحدة ، لانهم بين أهل العلم

(فصل) اذا قال أنت طالق اليوم وطالق غداً طلقت واحدة لان من طلقت اليوم فهي طالق غداً ، وإن قال أردت أن تطلق اليوم وتطلق غداً طلقت طلقتين في اليومين ، وإن قال أردت أنها تطلق في أحد اليومين طلقت اليوم ولم تطلق غداً لانه جعل الزمان كله ظرفاً لوقوع الطلاق فوقع في أوله ، وإن قال أردت نصف طلقة اليوم ونصف طلقة غداً طلقت اليوم واحدة وأخرى غداً لان النصف يكمل فيصير طلقة تامة ، وإن قال أردت نصف طلقة اليوم وباقيها غداً احتمل ذلك أيضاً واحتمل أن لا تطلق إلا واحدة لانه اذا قال نصفها كملت اليوم كلها فلم يبق لها بقية تقع غداً ولم يقع شيء غيرها لانه مأوقعه ، وذكر القاضي هذا الاحتمال أيضاً في المسئلة الاولى أيضاً وهو مذهب الشافعي . ذكر أصحابه فيها الوجهين

(فصل) اذا قال أنت طالق اليوم اذا جاء غد فاختار القاضي ان الطلاق يقع في الحال لانه علقه بشرط محال فلما الشرط ووقع الطلاق كما لو قال لمن لاسنة اطلاقها ولا بدعة أنت طالق لاسنة ، وقال في المجرد لا يقع لان شرطه لم يتحقق لان مقتضاه وقوع الطلاق اذا جاء غد في اليوم ولا يأتي غداً إلا بعد فوات اليوم وذهب محل الطلاق وهو قول أصحاب الشافعي

(فصل) اذا قال أنت طالق أمس ولا نية له فظاهر كلام احمد أن الطلاق لا يقع فروي عنه فيمن قال لزوجته أنت طالق أمس وانما تزوجها اليوم ليس بشيء . وهذا قول أبي بكر ، وقال القاضي

فيه خلافاً لان اللفظ صريح في الطلاق الثلاث والنية لانعارض الصريح لانها أضعف من اللفظ كما لا يعارض النص القياس ولان النية إنما تعمل في صرف اللفظ الى بعض محتملاته والثلاث نص فيها لا يحتمل الواحدة بحال فاذا نوى واحدة فقد نوى ما لا يحتمله فلم يصح كذا لو قال له علي ثلاثة دراهم وقال أردت واحداً

(مسئلة) (وان قال أنت طالق ونوى ثلاثاً ففيه روايتان)

احدهما تطلق ثلاثاً وهو قول مالك والشافعي وأبي عبيد وابن المنذر لان لفظه لو قرن به لفظ الثلاث كان ثلاثاً فاذا نوى به الثلاث كان ثلاثاً كالكنائيات ولانه نوى بلفظه ما يحتمله فوقع ذلك به كالكناية وبيان احتمال اللفظ لعدد أنه يصح تفسيره به فيقول أنت طالق ثلاثاً ولان قوله طالق اسم فاعل واسم الفاعل يقتضي المصدر كما يقتضيه الفعل والمصدر يقع على القليل والكثير

(والرواية الثانية) لا تقم الا واحدة وهو قول الحسن وعمر بن دينار والثوري والاوزاعي وأصحاب الرأي لان هذا اللفظ لا يتضمن عدداً ولا بينونة فلم يقع به الثلاث كما لو قال أنت واحدة . بيانه ان قوله أنت طالق اخبار عن صفة هي عليها فلم يتضمن العدد كقوله قائمة وحائض وطاهر ، والاولى أصبح لما ذكرنا ، وفارق قوله أنت حائض وطاهر لان الحيض والطهر لا يمكن تعدده في حقها والطهر يمكن تعدده (فصل) فان قال أنت طالق طلاقاً ونوى ثلاثاً وقع ثلاث لان صريح بالمصدر والمصدر يقع على القليل

في بعض كتبه يقع الطلاق ، وهو مذهب الشافعي لانه وصف الطلقة بما لا يتصف به فلغت الصفة ووقع الطلاق كما لو قال لمن لاسنة لها ولا بدعة أنت طالق لاسنة أو قال أنت طالق طلقة لا تتركك ، ووجه الاول أن الطلاق رفع الاستباحة ولا يمكن رفعها في الزمن الماضي فلم يقع كما لو قال أنت طالق قبل قدوم زيد بيومين فقدم اليوم فإن أصحابنا لم يحتجوا في أن الطلاق لا يقع وهو قول أكثر أصحاب الشافعي وهذا طلاق في زمن ماض ولانه علمي الطلاق بمستحيل فلما قال أنت طالق ان قلبت الحجر ذهباء ، وان قال أنت طالق قبل أن تزوجك فالحكم فيه كما لو قال أنت طالق أمس ، قال القاضي ورأيت بخط أبي بكر في جزء مفرد أنه قال إذا قال أنت طالق قبل أن تزوجك طلقت ولو قال أنت طالق أمس لم يقع لان أمس لا يمكن وقوع الطلاق فيه وقبل تزويجها متصور الوجود فانه يمكن أن يتزوجها ثانيا وهذا الوقت قبله فوقع في الحال كما لو قال أنت طالق قبل قدوم زيد ، وان قصد بقوله أنت طالق أمس أو قبل أن تزوجك إيقاع الطلاق في الحال مستنداً الى ذلك الزمان وقع في الحال ، وان أراد الاخبار أنه كان قد طلقها هو أو زوج قبله في ذلك الزمان الذي ذكره وكان قد وجد ذلك قبل منه وان لم يكن وجد وقع طلاقه ذكره أبو الخطاب وقال القاضي يقبل على ظاهر كلام أحمد لانه فسر بما يحتمل ، ولم يشترط الوجود ، وان أراد أني كنت طلقك أمس فكذبته لزمته الطلقة وعليها العدة من يومها لانها اعترفت أن أمس لم يكن من عدتها ، وان مات ولم يبين مراده فعلى وجهين بناء على اختلاف القوانين في المطلق ان قلنا لا يقع به شيء لم يلزمه ههنا شيء ، وان قلنا بوقوعه ثم وقع ههنا

والكثير فقد نوى بلفظه ما يحتمله وان نوى واحدة فهي واحدة وان اطلق فهي واحدة لانه اليقين وان قال أنت طالق الطلاق وقع مانواه ، وان لم ينو شيئاً فذكر القاضي فيها روايتين (احداهما) تقع الثلاث لان الالف واللام للاستغراق فيقتضي استغراق الكل وهو ثلاث (والثانية) انها واحدة لما ذكرنا من أن الالف واللام تعود إلى المعبر

(مسئلة) (وان قال أنت طالق واحدة ونوى ثلاثا لم يقع الا واحدة)

لان لفظه لا يحتمل أكثر منها فاذا نوى ثلاثا فقد نوى ما لا يحتمله لفظه فلو وقع أكثر من ذلك لوقع بمجرد النية وبمجرد النية لا يقع بها طلاق ، وقال أصحاب الشافعي تقع ثلاث في أحد الوجهين لانه يحتمل واحدة معها اثنتان وهذا لا يصح فان قوله معها اثنتان لا يؤديه معنى الواحدة ولا يحتمله فنيته فيه نية مجردة فلا يعمل كما لو نوى الطلاق من غير انطه ، وفيه لاصحابنا أنه يقع ثلاث والاول أصح

(مسئلة) (وان قال أنت طالق هكذا وأشار بأصابعه الثلاث طلقت ثلاثا)

لان قوله هكذا صريح بالنسبية بالاصابع في العدد وذلك يصاح بياناً كما قال النبي ﷺ «الشهر هكذا وهكذا» وأشار بيده مرة ثلاثين ومرة تسعا وعشرين فان قال أردت تعدد الموقوفين قبل منه لانه

(فصل) وان قال لزوجته أنت طالق قبل قدوم زيد بشهر فقدم بعد شهر وجزء يقع الطلاق فيه تبينا ان طلاقه وقع قبل الشهر لانه ايقاع للطلاق بعد عقده ، وبهذا قال الشافعي وزفر وقال أبو حنيفة وصاحبا ، يقع الطلاق عند قدوم زيد لانه جعل الشهر شرطا لوقوع الطلاق فلا يسبق الطلاق بشرطه ولنا أنه أوقع الطلاق في زمن على صفة فاذا حصلت الصفة وقع فيه كما لو قال أنت طالق قبل رمضان بشهر أو قبل موتك بشهر فان أبا حنيفة خاصة بسلم ذلك ولا يسلم أنه جعل الشهر شرطا وليس فيه حرف شرط ، وان قدم قبل مضي شهر لم يقع بغير اختلاف بين أصحابنا وهو قول أكثر أصحاب الشافعي لانه تعاقب للطلاق على صفة كان وجودها ممكنا فوجب اعتبارها وان قدم زيد مع مضي الشهر لم تطلق لانه لا بد من جزء يقع الطلاق فيه ، فان خالفها بعد تعليق طلاقها بيوم ثم قدم زيد بعد الخلع بشهر وساعة تبينا أن الخلع وقع صحيحا ولم يقع الطلاق لانه صادفها باثنا وان قدم بعد عقد الصفة بشهر وساعة وقع الطلاق وبطل الخلع ولها الرجوع بالعرض الا أن يكون الطلاق رجعيا ، لان الرجعية يصح خالفها ، وان كانت بمألفات أحدهما بعد عقد الصفة بيوم ثم قدم زيد بعد شهر وساعة من حين عقد الصفة لم يرث أحدهما الآخر لانا تبينا أن الطلاق كان قد وقع قبل موت الميت بينهما فلم يرثه صاحبه إلا أن يكون الطلاق رجعيا فانه لا يقطع التوارث مادامت في العدة فان قدم بعد الموت بشهر وساعة تبينا أن الفرقة وقعت بالموت ولم يقع طلاق ، فان قال أنت طالق قبل موتي بشهر

يحتمل ما يدعيه ، فأما ان قال أنت طالق وأشار بأصابعه الثلاث ولم يقل هكذا لم يقع الا واحدة لان اشارته لا تكفي (فصل) وان قال لاحدى امرأتي أنت طالق واحدة بل هذه وأشار إلى الاخرى ثلاثا طلقت الاولى واحدة والثانية ثلاثا لانه أوقعه بها كذلك أشبه ما لو قال له علي هذا الدرهم بل هذا فانه يجب الدرهمان ولا يصح اضراجه عن الاول

(مسئلة) (وان قال أنت طالق كل الطلاق أو أكثره أو جميعه أو منتهاد أو طالق كاف أو بعدد الحصى أو القطر أو الرمل أو الريح أو التراب طلقت ثلاثا وان نوى واحدة) لان هذا يقتضي عددا ولان للطلاق أقل وأكثر فأقله واحدة وأكثره ثلاث ، وان قال كعدد الماء أو التراب وقع ثلاث ، وقال أبو حنيفة يقع واحدة باثن لان الماء والتراب من أسماء الاجناس لا عدده ولنا أن الماء تعدد أنواعه وقطرانه والتراب تعدد أنواعه وأجزاؤه فأشبهه الحصى ، وان قال يامائة طالق أو أنت مائة طالق طلقت ثلاثا ، وان قال أنت طالق كائة أو الف فهي ثلاث قال احمد فيمن قال أنت طالق كاف تطليقة فهي ثلاث ، وبه قال محمد بن الحسن وبعض أصحاب الشافعي وقال أبو حنيفة وأبو يوسف ان لم يكن له نية وقعت واحدة لانه لم يصرح بالعدد ، وانما شبهها بالالف وليس الموقع المشبه به

ولنا أن قوله كاف يشبه العدد خاصة لانه لم يذكر إلا ذلك فوقع العدد كقوله أنت طالق

فمات أحدهما قبل مضي شهر لم يقع طلاق لأن الطلاق لا يقع في الماضي وإن مات بعد عقد المين بشهر وساعة تبيننا وقوع الطلاق في تلك الساعة ولم يتوارثا إلا أن يكون الطلاق رجعيا ويموت في عدتها وإن قال أنت طالق قبل موتي ولم يزد شيئا طلقت في الحال لأن ما قبل موته من حين عقد الصفة محل لطلاق فوق في أوله وإن قال قبل موتك أو موت زيد فكذلك، وإن قال أنت طالق قبل قدوم زيد أو قبل دخولك الدار، فقال القاضي تطلق في الحال سواء قدم زيد أو لم يقدم بدليل قول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا بما نزلنا مصداقاً لما معكم من قبل أن نطمس وجوهاً فنردها على أديبارها) ولم يوجد الطمس في المأمورين ولو قال لعلامة اسقني قبل أن أضربك فسقاء في الحال عد ممتنلاً وإن لم يضربه، ولو قال أنت طالق قبيل موتي أو قبيل قدوم زيد لم يقع في الحال وإنما يقع ذلك في الجزء الذي يلي الموت لأن ذلك تصغير يقتضي الجزء اليسير الذي يبقى، وإن قال أنت طالق قبل موت زيد وعمرو بشهر، فقال القاضي تتعلق الصفة باولهما موتاً لأن اعتباره بالثاني يفضي إلى وقوعه بعد موت الأول واعتباره بالأول لا يفضي إلى ذلك فكان أولى

﴿مسئلة﴾ قال (وإذا قال لها إذا طلقته فأنت طالق فإذا طلقها لزمه اثنتان إذا كانت مدخولاً بها وإن كانت غير مدخول بها لزمته واحدة)

وجملة ذلك أنه إذا قال لمدخول بها إذا طلقته فأنت طالق ثم قال أنت طالق وقعت واحدة

كعدد الالف، وفي هذا انفصال عما قال، وإن قال أردت أنها كالف في صعرتها دين، وهل يقبل في الحكم؟ يخرج على روايتين

﴿مسئلة﴾ (وإن قال أشد الطلاق أو أغلظه أو أطوله أو أعرضه أو مل الدنيا ونوى الثلاث وقع الثلاث وإن لم ينوش شيئاً أو نوى واحدة فهي واحدة)

قال أحمد فيمن قال لامرأته أنت طالق مل البيت فإن أراد الغلظة عليها يعني يريد أن تبين منه فهي ثلاث فاعتبر نيته فدل على أنه إذا لم ينو تقع واحدة وذلك لأن هذا الوصف لا يقتضي عدداً وهذا لا نعلم فيه خلافاً فإذا وقعت الواحدة فهي رجعية وبهذا قال الشافعي

وقال أبو حنيفة وأصحابه تكون بائناً لأنه وصف الطلاق بصلة زائدة فيقتضي الزيادة عليها وذلك هو البينة، ولنا أنه طلاق صادف مدخولاً بها من غير استيفاء عدد ولا عوض فكان رجعياً كقوله أنت طالق، وما ذكره لا يصح لأن الطلاق حكم فإذا ثبت ثبت في الدنيا كلها فلا يقتضي ذلك زيادة فإن قال أنت طالق مثل الجبل أو مثل عظم الجبل ولا نية له وقعت طلقة رجعية وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة تقع بائناً، وقال أصحابه إن قال مثل الجبل كانت رجعية وإن قال مثل عظم الجبل كانت بائناً ووجه القولين ما تقدم

بالمباشرة وأخرى بالصفة لأنه جعل تطليقها شرطا لوقوع طلاقها فإذا وجد الشرط وقع الطلاق، وإن كانت غير مدخول بها بانت بالأولى ولم تقع الثانية لأنها لا عدة عليها ولا يمكن رجعتها فلا يقع طلاقها إلا بانثاء فلا يقع الطلاق ببائين

(فصل) فإن قال عنيت بقولي هذا أنك تكونين طالقا بما أوقعته عليك ولم أرد إيقاع طلاق سوى ما بامرتك به دين وهل يقبل في الحكم؟ يخرج على روايتين (إحداهما) لا يقبل وهو مذهب الشافعي لأنا خلاف الظاهر إذ الظاهر أن هذا تعليق لطلاق بشرط الطلاق ولأن إخباره إياها بوقوع طلاقها بها لا فائدة فيه (والوجه الثاني) يقبل قوله لأنه يحتمل ما قاله فقبل كما لو قال لها أنت طالق أنت طالق وقال أردت بالثاني التأكيد أو إيهامها

(فصل) فإن قال إذا طلقك فأنت طالق ثم علق طلاقها بشرط مثل قوله إن خرجت فأنت طالق فخرجت طلقت بخروجها ثم طلقت بالصفة أخرى لأنه قد طلقها بعد عقد الصفة ولو قال أولا إن خرجت فأنت طالق ثم قال إن طلقك فأنت طالق فخرجت طلقت بالخروج ولم تطق بتعليق الطلاق بطلاقها لأنه لم يطبقها بعد ذلك ولم يحدث عليها طلاقا لأن إيقاعه الطلاق بالخروج كان قبل نعليقه الطلاق بتطليقها فلم توجد الصفة فلم يقع وإن قال إن خرجت فأنت طالق ثم قال إن وقع عليك طلاق فأنت طالق فخرجت طلقت بالخروج ثم تعلقت الثانية بوقوع الطلاق عليها إن كانت مدخولا بها

(فصل) وإن قال لها كلما طلقت فأنت طالق فهذا حرف يقتضي التكرار فإذا قال لها بعد ذلك

ولما أنه لا يملك إيتاع البيئونة فإنها حكم وليس ذلك إليه وإنما تثبت البيئونة بأسباب معينة كالخلع والطلاق قبل الدخول فيملك مباشرة سببها فثبتت وإن أراد اثباتها بدون ذلك لم تثبت، ويحتمل أن يكون ابتداء الطلاق عليه أو عليها لبعجلها أو لحب أحدهما صاحبه ومشتة فراقه عليه فلم يقع أمر زيد بالشك، فإن قال أقصى الطلاق أو أكثره فكذلك في قياس المذهب، ويحتمل أن يكون أقصى الطلاق ثلاثا لأن أقصاه آخره وآخر الطلاق الثالثة ومن ضرورة كونها ثلاثة وقوع اثنين، وإن قال آتم الطلاق وأكله فواحدة إلا أنها تكون بنيته

(مسئلة) (وإن قال أنت طالق من واحدة إلى ثلاث وقع طلقتان)

وبهذا قال أبو حنيفة لأن ما بعد الغاية لا يدخل فيها كقوله تعالى (ثم اتوا الصيام إلى الليل) وإنما كانت بمعنى مع وذلك خلاف موضوعها، وقال زفر: تطاق واحدة لأن ابتداء الغاية ليس منها كقوله بعتك من هذا الحائط إلى هذا الحائط، ويحتمل أن تطاق ثلاثا وهو قول أبي يوسف ومحمد لأنه نطق بها فلم يحجز إلهؤها وكقوله بعتك هذا الثوب من أوله إلى آخره

ولنا على أن ابتداء الغاية يدخل قوله خرجت من البصرة فإنه يدل على أنه كان فيها وأما انتهاء

أنت طالق وقع بها طلقان إحداهما بالمباشرة والآخرى بالصفة ولا تقع ثالثة لأن الثانية لم تقع بإيقاعه بعد عقد الصفة لأن قوله كلما طلقك يقتضي كلما أوقعت عليك الطلاق وهذا يقتضي تجديد إيقاع طلاق بعد هذا القول وإنما وقعت الثانية بهذا القول ، وإن قل لها بعد عقد الصفة ان خرجت فأنت طالق فخرجت طالق بالخروج طلقة وبالصفة أخرى لأنه قد طلقها ولم تنعم الثالثة وإن قال لها كلما أوقعت عليك طلاقاً فأنت طالق فهو بمنزلة قوله كلما طلقك فأنت طالق ، وذكر القاضي في هذه أنه إذا وقع عليها طلاقه بصفة عتدها بعد قوله إذا أوقعت عليك طلاقاً فأنت طالق لم تطبق لأن ذلك ليس بإيقاع منه وهذا قول بعض أصحاب الشافعي وفيه نظر فإنه قد أرقع الطلاق عليها بشرط فإذا وجد الشرط فهو الموقوم لطلاق عليها فلا فرق بين هذا وبين قوله إذا طلقك فأنت طالق وإن قال كلما وقع عليك طلاقي فأنت طالق ثم رقت عليها طلقة بالمباشرة أو بصفة عتدها قبل ذلك أو بعده طلقت ثلاثاً ، فلو قال لها ان خرجت فأنت طالق ثم قال كلما وقع عليك طلاقي فأنت طالق ثم خرجت رقت عليها طلقة بالخروج ثم وقعت الثانية بوقوع الأولى ثم وقعت الثالثة بوقوع الثانية لأن كلما تقتضي التكرار وقد عتد الصفة بوقوع الطلاق فكيفما وقع يقتضي وقوع أخرى ولو قال لها إذا طلقك فأنت طالق ثم قال إذا وقع عليك طلاقي فأنت طالق ثم قال أنت طالق طلقت ثلاثاً واحدة بالمباشرة واثنين بالصفتين لأن طليقه لها يشتمل على الصفتين هو تطليق منه وهو وقوع

العاية فلا يدخل بمقتضي اللفظ ولو احتمل الدخول وعدمه لم يقع الطلاق بالشك فإن قال أنت طالق ما بين واحدة وثلاث وقعت لأنها التي بينها

(مسئلة) (وإذا قال أنت طالق طلقة في اثنتين ونوى طلقة مع طلقتين وقعت الثلاث)

وإن نوى موجبة عند الحساب وهو يعرفه طلقت طلقتين وإن لم يعرفه فكذلك عند ابن حامد وعند القاضي تطلق واحدة وإن لم ينو وقع بأمرأة الحاسب طلقان وبغيرها طلقة ويحتمل أن تطلق إذا قال أنت طالق طلقة في طلقتين أو واحدة في اثنتين ونوى به ثلاثاً فهي ثلاث لأنه بغير نفي عن كقوله تعالى (ادخلي في عبادي) فتقدير الكلام طلقة مع طلقتين فإن أقر بذلك على نفسه قبل منه وإن قال أردت واحدة قبل أيضاً وإن كان حاسباً وقال القاضي لا يقبل إذا كان عارفاً بالحساب ووقع طلقان لأنه خلاف ما اقتضاه اللفظ

ولنا أنه فسر كلامه بما يحتمله فإنه لا يبعد أن يريد بكلامه ما يريد العايم وإن لم يكن له نية وكان عارفاً بالحساب وقع طلقان وقال الشافعي إن أطلق لم يقع إلا واحدة لأن لفظ الإيقاع إنما هو الواحدة وما زاد عليها لم يحصل فيه لفظ الإيقاع وإنما يقع الزائد بالقصد فإذا خلا عن القصد لم يقع إلا ما أوقعه وقال بعض أصحابه كقولنا وقال أبو حنيفة لا يقع إلا واحدة سواء قصد به الحساب أو لم يقصد به واحدة أو اثنتين لأن الضرب إنما يصح فيما له مساحة فأما ما لا مساحة له فلا حقيقة فيه للحساب وإنما حصل

طلاقه ، ولأنه إذا قال أنت طالق طلقت بالمباشرة واحدة فتطابق الثانية بكونه طاقها وذلك طلاق منه واقع عليها فتطابق به الثالثة وهذا كله في المدخول بها فأما غير المدخول بها فلا تطابق إلا واحدة في جميع هذا وهذا كله مذهب الشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه مخالفاً

(فصل) فإن قال كلما طلقك طلاقاً أملك فيه رجعتك فأنت طالق ثم قال أنت طالق طلقت اثنتين (أحدهما) بالمباشرة (والأخرى) بالصفة إلا أن تكون الطلقة بعوض أو في غير مدخول بها فلا تقع بها ثانية لأنها تبين بالطامة التي باشرها بها فلا يملك رجعتها فإن طلقها اثنتين طلقت الثالثة ، وقال أبو بكر قيل تطلق وقيل لا تطلق واختياري أنها تطلق ، ومال أصحاب الشافعي لا تطلق الثالثة لأننا لو أوقفناها لم يملك الرجعة ولم يوجد شرط طلاقها فيفضي ذلك إلى الدور فيقطعه بمنع وقوعه

ولما أنه طلاق لم يكمل به العدد بغير عوض في مدخول بها فيقع بها التي بعدها كالاولى فامتناع الرجعة ههنا لعجزه عنها لا لعدم الملك كما لو طلقها واحدة وأنغي عليه عقيبتها فإن الثانية تقع ، وإن امتنعت الرجعة لعجزه عنها ، وإن كان الطلاق بعرض أو في غير مدخول بها لم يقع بها إلا الطلقة التي باشرها بها لأنه لا يملك رجعتها ، وإن قال كلما وقع عليك طلاق أملك فيه رجعتك فأنت طالق ثم وقع عليها طلقة بمباشرة أو صفة طلقت ثلاثاً وعندهم لا تطلق لما ذكرناه في التي قبلها ، ولو قال لامرأته إذا طلقك طلاقاً أملك فيه الرجعة فأنت طالق ثلاثاً ثم طلقها طلقت ثلاثاً ، وقال المزني لا تطلق وهو قياس قول أصحاب الشافعي لما تقدم

منه الاتباع في واحدة فوقعت دون غيرها

ولنا أن هذا اللفظ موضوع في اصطلاحهم لاثنتين فإذا لفظ به واطاق وقع كما لو قال أنت طالق اثنتين وبهذا يحصل الانفصال عما قاله الشافعي فإن اللفظ الموضوع لا يحتاج معه إلى نية فأما ما قاله أبو حنيفة فأنما ذلك في موضع الحساب بالأصل ثم صار مستعملاً في كل ماله عدد فصارت حقيقة فيه فأما الجاهل بمقتضي ذلك الحساب إذا أطلق وقعت طلقة واحدة لأن لفظ الإيقاع إنما هو لفظ واحدة وإنما صار مصروفاً إلى اثنتين بوضع أهل الحساب واصطلاحهم فمن لا يعرف اصطلاحهم لا يلزمه مقتضاه كالعربي ينطق بالطلاق بالجمية وهو لا يعرف معناها فإن نوى موجهه عند الحساب وهو لا يعرفه فقال ابن حامد لا يقع هو كالحاسب قياساً عليه لاشتراكهما في النية وعند القاضي تطلق واحدة لأنه إذا لم يعرف موجهه لم يقصد إيقاعه فهو كالعجمي ينطق بالطلاق بالعربي لا يفهمه وهذا قول أكثر أصحاب الشافعي إذا لم يكن يعرف موجهه لأنه لا يصح منه قصد ما لا يعرفه ويحتمل أن تطابق ثلاثاً بناً على أن في معناها مع فالتقدير أنت طالق طلقة مع طلقين قال شيخنا ولم يفرق أصحابنا في ذلك بين أن يكون المتكلم بذلك ممن لم يعرف في هذا أولاً والظاهر أن كان المتكلم بذلك ممن عرفهم أن في ههنا بمعنى مع وقعت الثلاث لأن كلامه يحمل على عرفهم والظاهر منه إرادته وهو المتبادر إلى الفهم من كلامه

(فصل) وإن قل لزوجته اذا طلقك أو اذا وقع عليك طلاقى فأنت طالق قبله ثلاثا فلا نص فيها ، وقال القاضي تطلق ثلاثا واحدة بالمباشرة واثنان من المعاق وهو قياس قول الشافعي وقول بعض أصحابه ، وقال ابن عقيل تطلق واحدة بالمباشرة ويأخر المعاق لانه طلاق في زمن ماض فلا يتصور وقوع الطلاق فيه وهو قياس نص احمد وابي بكر في أن الطلاق لا يقع في زمن ماض وبه قال ابو العباس بن القاضي من أصحاب الشافعي ، وقال ابو العباس بن شريح وبعض الشافعية لانطاق أبدأ لان وقوع الواحدة يقتضي وقوع ثلاث قبلها وذلك يمنع وقوعها فائباتها يؤدي إلى نفيها فلا تثبت ، ولان إبقاءه يفضي إلى الدور لانه اذا وقعت رقم قبلها ثلاث فيمتنع وقوعها ما أفضى إلى الدور وجب قطعه من أصله ولنا انه طلاق من مكلف مختار في محل النكاح صحيح فيجب أن يقع كما لو لم يعقد هذه الصفة ولان عمومات النصوص تقتضي عموم وقوع الطلاق مثل قوله سبحانه (فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) وقوله سبحانه (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) وكذلك سائر النصوص ، ولان الله تعالى شرع الطلاق لصاحبة تمعاق به وما ذكره بمنعه بالسكينة ويبطل شرعيته فتفوت مصلحته فلا يجوز ذلك بمجرد الرأي والتحكم وما ذكره غير مسلم فانا ان قلنا لا يقع الطلاق المعان فله وجه لانه أوقعه في زمن ماض ولا يمكن وقوعه في الماضي فلم يقع كما لو قال أنت طالق

(فصل) اذا قال أنت طالق طلقة بل طلقتين وقع طلقان نص عليه أحمد وقال الشافعية يقع ثلاث في أحد الوجهين لان قوله أنت طالق إيقاع فلا يجوز إيقاع الواحدة مرتين فيدل على أنه أوقعها ثم أراد دفعها ووقع اثنتين آخرتين فوقع الثلاث

ولنا أن ما لفظ به قبل الاضراب لفظ به بعده فلم يلزمه أكثر مما بعده كقوله له على درهم بل درهان وقولهم لا يجوز إيقاع ما أوقعه قلنا يجوز أن نجبره بوقوعه مع وقوع غيره فلا يقع الزائد بالشك (فصل) قال الشيخ رضي الله عنه واذا قال أنت طالق نصف طلقة أو نصفى طلقة أو نصف طلقتين طلقت طلقة واذا قال أنت طالق نصف طلقة أو جزءا منها وان قل وقع طلقة كاملة في قول عامة أهل العلم إلا داود قال لا تطلق بذلك قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أنها تطلق بذلك منهم الشعبي والحارث العكلي والزهري وقتادة والشافعي وأصحاب الرأي وأبو عبيد قال أبو عبيد وهو قول مالك وأهل الحجاز وأهل العراق وذلك لان ذكر مالا يتبع في الطلاق ذكر الجميع كالمال قال نصفك طالق فان قال نصفى طلقة وقعت طلقة لان نصفى الشيء كله وان قال أنت طالق نصف طلقتين وقعت واحدة لان نصف الطلقتين طلقة وذكر أصحاب الشافعي وجها آخر أنه يقع طلقان لان اللفظ يقتضي النصف من كل واحدة منهما ثم يكمل وما ذكرناه أولى لان التنصيف يتحقق به وفيه عمل باليقين والغاء الشك وإيقاع ما أوقعه من غير زيادة فكان أولى

طالق قبل قدوم زيد بيوم فقدم في اليوم ولأنه جعل الطلقة الواقعة شرطا لوقوع الثلاث ، ولا يوجد المشروط قبل شرطه فعلى هذا لا يمنع وقوع الطلقة المباشرة ولا يفتي إلى دور ولا غيره ، وإن قلنا بوقوع الثلاث فوجهه أنه وصف الطلاق المعلق بما يستحيل وصفه به فلفت الصفة ووقع الطلاق كما لو قال أنت طالق طلقة لا تنقص عدد طلائك أو لا تلزمك أو قال للآيسة أنت طالق السنة أو قال للبدعة وبيان استحالة أن تعاقبه بالشرط يقتضي وقوعه بعده لأن الشرط يتقدم مشروطه ولذلك لو ألتقى لوقع بعده وتعاقبه بالفاء في قوله فأنت طالق يقتضي كونه عقيبها وكون الطلاق المعاق بعده قبله محال فلا يصح الوصف به فلفت الصفة ورقم الطلاق كما لو قال إذا طلائك فأنت طالق ثلاثا لا تلزمك ثم يبطل ما ذكره بقوله إذا انفسخ نكاحك فأنت طالق قبله ثلاثا ثم وجد ما يفسخ نكاحها من رضاع أو ردة أو وطء أمها أو ابنتها بشبهة فإنه يرد عليه ما ذكره ولا خلاف في انفساخ النكاح قال القاضي ما ذكره ذريعة إلى أن لا يقع عليها الطلاق جملة ، وإن قال أنت طالق ثلاثا قبيل وقوع طالقي بك واحدة أو قال أنت طالق اليوم ثلاثا إن طلائك غدا واحدة فالكلام عليها من وجه آخر وهو وارد على المسئلتين جميعا وذلك أن الطلقة الموقعة يقتضي وقوعها وقوع مالا يتصور وقوعها معه فيجب أن يقضى بوقوع الطلقة الموقعة دون ما تعلق بها لأن ما تعلق بها تابع ولا يجوز إبطال المتبوع لامتناع حصول التبع فيبطل التابع وحده كما لو قال في مرضه إذا أعنت سالما فغانم حر ولم يخرج من

﴿ مسألة ﴾ (وإن قال نصفي طلقين وقعت طلقتان) لأن نصفني النفي جمعيه فهو كما لو قال أنت طالق طلقين

﴿ مسألة ﴾ (وإن قال ثلاثة أنصاف طلقة طلقت طلقين)

لأن ثلاثة الأنصاف طلقة ونصف وكل النصف فصار طلقين وهذا وجه لأصحاب الشافعي ولهم وجه آخر أنها لا تطلق إلا واحدة لأنه جعل الأنصاف من طلقة واحدة فسقط ما ليس منها ويقع طلقة لأن إسقاط الطلاق الموقع من الأول في المجلس لا سبيل إليه وإنما الإضافة إلى الطلقة الواحدة غير صحيحة فلفت الإضافة وإن قال أنت طالق نصف ثلاث طلقات طلقت طلقين لأن نصفها طلقة ونصف ثم يكمل النصف فيصير طلقين

﴿ مسألة ﴾ (وإن قال ثلاثة أنصاف طلقين طلقت ثلاثا ويحتمل أن تطلق طلقين)

نص أحمد على وقوع الثلاث في رواية مهنا وقال أبو عبدالله بن حامد تقع طلقتان لأن معناه ثلاثة أنصاف من طلقين وذلك طلقة ونصف ثم يكمل فيصير طلقين وقيل بل لأن النصف الثالث من طلقين محال ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين

ولنا أن نصف الطلقين طلقة وقد أوقعت ثلاثا فيقع ثلاث كما لو قال أنت طالق ثلاث طلقات وقولهم معناه ثلاثة أنصاف من طلقين تأويل بخلاف ظاهر اللفظ فإنه على ما ذكره يكون ثلاثة أنصاف

ثلاثة إلا أحدهما فإن سالما يمتنع وحده ولا يقرع بينهما لأن ذلك ربما أدى إلى غنى المشروط دون الشرط وذلك غير جائز ولا فرق بين أن يقول فغائم حر قبله أو معه أو بعده أو تطلق كذا ههنا (فصل) اخذنا أصحابنا في الحلف بالطلاق فقال القاضي في الجامع وأبو الخطاب هو تعلية على شرط أي شرط كان إلا قوله إذا شئت فأنت طالق ونحوه فإنه تأليك وإذا حضت فأنت طالق فإنه طالق بدعة، وإذا طهرت فأنت طالق فإنه طالق سنة وهذا قول أبي حنيفة لأن ذلك يسمى حلفاً عرفاً فيتعاق الحكم به كما لو قال، إن دخلت الدار فأنت طالق ولأن في الشرط معنى القسم من حيث كونه جملة غير مستقلة دون الجواب فأشبهه قوله والله وبالله وبنا الله، وقال القاضي في المجرد هو تعلية على شرط يقصد به الحث على الفعل أو المنع منه كقوله ان دخلت الدار فأنت طالق، وإن لم تدخلي فأنت طالق أو على تصديق خبره مثل قوله أنت طالق لقد قدم زيد أو لم يقدم فأما التعاق على غير ذلك كقوله أنت طالق ان طلعت الشمس أو قدم الحاج أو ان لم يقدم السلطان فهو شرط محض ليس بحلف لأن حقيقة الحلف القسم وإنما سمي تعاق الطلاق على شرط حلفاً تجوزاً لمشاركتة الحلف في المعنى المشهور وهو الحث أو المنع أو تأكيد الخبر نحو قوله والله لأفعلن أو لأفعلن أو لم أفعلن أو لم أفعلن وما لم يوجد فيه هذا المعنى لا يصح تسميته حلفاً وهذا مذهب الشافعي فإذا قال لزوجته إذا حلفت بالله لك فأنت طالق ثم قال إذا طلعت الشمس فأنت طالق لم تطلق في الحال على القول الثاني لأنه ليس بحلف،

طلقتين مخالفة لثلاثة أنصاف طلقة وقولهم إنه مخالف قلنا وقوع نصف الطلقتين عليها ثلاث مرات ليس بمحال فوجب أن يقع

(مسألة) (وان قال نصف طلقة ثلث طلقة سدس طلقة أو نصف وثلث وسدس طلقة طلقت طلقة) لأنه لم يعطف بواو العطف فيدل على أن هذه الأجزاء من طلقة غير متغايرة وإن الثاني ههنا يكون بدلاً من الأول والثالث من الثاني والبديل هو المبدل أو بعضه فلم تتبعض المتغايرة وعلى هذا التعليل لو قال أنت طالق نصف طلقة أو طلقة طلقة لم تطلق إلا طلقة وكذلك ان قال نصفاً وثلثاً وسدساً لم يقع إلا طلقة لأن هذه أجزاء للطلقة إلا أن يريد من كل طلقة جزءاً فتنطلق ثلاثاً ولو قال أنت طالق نصفاً وثلثاً ورباعاً طلقت طلقتين لأنه يزيد على الطلقة نصف سدس طلقة ثم يكمل وإن أراد من كل طلقة جزءاً طلقت ثلاثاً وإن قال أنت طلقة وأنت نصف طلقة أو أنت نصف طلقة ثلث طلقة سدس طلقة أو أنت نصف طالق وقع بها طلقة بناء على قولنا في قوله أنت الطلاق إنه صريح في الطلاق وههنا مثله ﴿مسألة﴾ (وان قال نصف طلقة وثلث طلقة طلقت ثلاثاً)

ذكره أصحابنا لأنه عطف جزءاً من طلقة على جزء من طلقة وظاهره أنها طلقات متغايرة ولأنه لو كانت الثانية هي الأولى لجاء بها بلام التعريف فقال ثلث الطلقة وسدس الطلقة فإن أهل العربية قالوا إذا ذكر لفظ ثم أعيد منكرًا فالثاني غير الأول وإن أعيد معرفاً بالألف واللام فالثاني هو الأول

وتطلق على الاول لانه حلف ، وان قال كذا كاهت أباك فأنت طالق طلقت على القولين جميعا لانه علق طلاقها على شرط يمكن فعله وتركه فكان حاكما لو قال ان دخلت الدار فأنت طالق وان قال ان حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم أعاد ذلك طلقت واحدة كلما أعاده مرة طلقت حتى تكمل الثلاث لان كل مرة يوجد بها شرط الطلاق وينعقد شرط طلاقه أخرى ، وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي ، وقال ابو ثور ليس ذلك بحلف ولا يقع الطلاق بتكراره لانه تكرار الكلام فيكون تأكيذا لا حلما ولنا انه تعاقب للطلاق على شري يمكن فعله وتركه فكان حلفا كما لو قال ان دخلت الدار فأنت طالق وقوله انه تكرار للكلام حجة عليه فان تكرار الشيء عبارة عن وجوده مرة أخرى فاذا كان في الاول حلفا فوجد مرة أخرى فقد وجد الحلف مرة أخرى وأما التأكيذ فانما يحمل عليه الكلام المكرر اذا قصده وههنا ان قصد افهامها لم يقع بالتأني شيء كما لو قال أنت طالق أنت طالق يعني بالثانية إفهامها فانما ان كرر ذلك لغير مدخول بها بانت بطاقه ولم يقع أكثر منها فاذا قال لها ذلك ثلاثا بانت بالمره الثانية ولم تطاق بالثالثة فان جرد نكاحها ثم أعاد ذلك لها أو قال لها ان تكلمت فأنت طالق أو نحو ذلك لم تطاق بذلك لان شرط طلائعها انما كان بعد بينة نكاحها

(فصل) وان قال لامرأته كذا حلفت بطلائعها فأنتما طالقان ثم أعاد ذلك ثلاثا طلقت كل واحدة منهما ثلاثا لما ذكرنا فان كانت احدهما غير مدخول بها بانت بالمره الثانية فاذا أعاده مره ثالثة

لأعادته معرفاً وليس الثاني غير الاول لأعادته منكراً ولهذا قيل ان يغلب عمر يسرين وقيل لو أراد بالثانية الاولى لذكرها بالضمير لانه أولى

﴿مسئلة﴾ (واذا قال لاربعة نسوة أوقعت بينكن طلاقاً أو اثنتين أو ثلاثاً أو أربعا وقع بكل واحدة طلاقاً) اذا قال أوقعت بينكن طلاقاً وقع بكل واحدة منهن طلاقاً كذلك قال الحسن والشافعي وأبو عبيد وأصحاب الرأي لان اللفظ اقتضى قسمها بينهن لكل واحدة ربهما ثم يكمل وان قال بينكن طلاقاً فكذلك نص عليه احمد لان معناه أوقعت بينكن طلاقاً وان قال أوقعت بينكن طلقتين فكذلك ذكره ابو الخطاب وهو قول أبي حنيفة والشافعي وقال أبو بكر والفاضي يقع بكل واحدة طلقتان وعن أحمد ما يدل عليه فانه روي عنه في رجل قال أوقعت بينكن ثلاث طلقات ما أرى إلا قد بن منه ووجه ذلك انما اذا قسمنا كل طلاق بينهن حصل لكل واحدة جزء من طلقتين ثم يكمل والاول أولى لانه لو قال أنت طالق نصف طلقتين طلقت واحدة ويكمل نصيبها من الطلاق في واحدة فيكون ليكل واحدة نصف ثم يكمل طلاقاً واحدة وانما يقسم بالاجزاء مع الاختلاف كالدرهم ونحوها من الختافات أما الجمل المتساوية من جنس كالنقود فانما تقسم برءوسها ويكمل نصيب كل واحد من واحد كاربعة لهم درهمان صحيحان فانه يجمل ليكل واحد نصف من درهم واحد والطلقات لا خلاف فيها ولان فيما ذكرناه أخذاً باليقين فكان أولى من إيقاع طلاقاً زائدة بالشك فاما ان أراد قسمة كل طلاق بينهن فهو على

لم تطاق واحدة منهما لان غير المدخول بها بائن فلم تكن اعادة هذا القول حلفاً بطلاقها وهي غير زوجته فلم يوجد الشرط فان شرط طلاقهما الحلف بطلاقهما جميعاً فان جدد النكاح البائن ثم قال لها ان تكلمت فأنت طالق فقد قيل يطلقان حينئذ لانه صار بهذا حالاً بطلاقها وقد حلف بطلاق المدخول بها باعادة قوله في المرة الثالثة فطلقنا حينئذ ويتوى عندي أنه لا يقع الطلاق بهذه التي جدد نكاحها لانها حين أعادته المرة الثالثة بائن فلم تنعقد الهبة بالاضافة اليها كما لو قال لأجنبية ان حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم تزوجها وحلف بطلاقها ولكن تطاق المدخول بها حينئذ لانه قد حلف بطلاقها في المرة الثالثة وحلف بطلاق هذه حينئذ فشكل بشرط طلاقها فطلقت وحدها

(فصل) فان كانت له امرأتان حفصة وعمرة فقال ان حلفت بطلاقكما فعمرة طالق ثم أعاده لم تطاق واحدة منهما لان هذا حلف بطلاق عمرة وحدها فلم يوجد الحلف بطلاقها وان قال بعد ذلك ان حلفت بطلاقكما فحفصة طالق طاعت عمرة لانه حلف بطلاقها بعد تعليقه طاقها على الحلف بطلاقها ولم تطاق حفصة لانه لم يحلف بطلاقها بعد تعليقه طاقها عليها فان قال بعد هذا ان حلفت بطلاقكما فعمرة طالق لم تطاق واحدة منهما لانه لم يحلف بطلاقها انما حلف بطلاق عمرة وحدها فان قال بعد هذا ان حلفت بطلاقكما فحفصة طالق طاعت حفصة وعلى هذا القياس

(فصل) وان قال لاحدهما ان حلفت بطلاقك فضررتك طالق ثم قال للآخرى مثل ذلك طاعت الثانية لان اعادته لثانية هو حلف بطلاق الاولى وذلك شرط وقوع طلاق الثانية ثم ان اعاد

ما قال أبو بكر وان قال أوقعت بينكن ثلاثاً أو أربعاً فلي قول ما يقع بكل واحدة طلاقاً وعلى قولها يطلقن ثلاثاً ثلاثاً

﴿مسئلة﴾ (وان قال أوقعت بينكن نفساً وقع بكل واحدة طلقان)

وبه قال الحسن وقتادة والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي لان نصيب كل واحدة تطايقة ورابع ثم يكمل وكذلك ان قال سناً أو سبعاً أو ثمانية وان قال أوقعت بينكن تسعاً وقع بكل واحدة ثلاث على القولين جميعاً

(فصل) فان قال أوقعت بينكن طلاقاً وطلاقاً وطلاقاً وقع بكل واحدة منهن ثلاث لانه لما عطف وجب قسم كل طلاق على حدتها وبستوي في ذلك المدخول بها وغيرها في قياس المذهب لان الواو لا تقتضي ترتيباً وقيل يقع بها واحدة على الاولى خاصة كما اذا قال أوقعت بينكن ثلاثاً ذكره صاحب المجرى وان قال أوقعت بينكن نصف طلاقاً وثلاث طلاقاً وسدس طلاقاً فكذلك لان هذا يقتضي وقوع ثلاث على ما قدسنا وان قال أوقعت بينكن طلاقاً فطلاقاً فطلاقاً أو طلاقاً طلاقاً ثم طلاقاً أو أوقعت بينكن طلاقاً وأوقعت بينكن طلاقاً طلقن ثلاثاً إلا التي لم يدخلها فانها لا تطاق إلا واحدة لانها بان بالاولى فلم يلحقها ما بعدها (فصل) فان قال لثلاثه أنتن طالق ثلاثاً أو طلقتمن ثلاثاً طلقن ثلاثاً نص عليه أحمد لان قوله طلقتمن يقتضي تطايق كل واحدة منهن وتعميمهن به ثم وصف ما عمهن به من الطلاق بأنه ثلاث فصار

للاولى طلقت ثم كلفا أعاده على هذا الوجه لامرأة طاعت حتى يكمل للثانية ثلاث ثم اذا أعاده الاولى لم تطلق لان الثانية قد بانت منه ولم يكن ذلك حلفا بطلاقها ، ولو قال هذا القول لامرأة ثم أعاده لها لم تطبق به واحدة منهما لان ذلك ليس بحلف بطلاقها إنما هو حلف بطلاق ضرمتها ولم يماق على ذلك طلاقا ، وان قال الاولى ان حلفت بطلاق ضرمتك فأنت طالق ثم قال للآخرى مثل ذلك طلقت الاولى لان قوله لثانية حلف بطلاقها وشرط لوقوع الطلاق بالاولى ثم ان أعاده الاولى طلقت الثانية ثم كلفا أعاده لامرأة منهما على هذا الوجه طلقت الآخرى ، فان كانت إحداها غير مدخول بها فطلقت مرة بانت ولم تطلق صاحبتهما باعادة ذلك لها لانه ليس بحلف بطلاقها لكونها بانثا فهي كسائر الأجنبية ، وان قال لاحداها إذا حلفت بطلاق ضرمتك فهي طالق ثم قال للآخرى مثل ذلك لم تطاق واحدة منهما ، ثم ان أعاد ذلك لاحداها طلقت الآخرى ثم ان أعاده للآخرى طلقت صاحبتهما ثم كلفا أعاده لامرأة طاعت الآخرى الا أن تكون إحداها غير مدخول بها أو لم يبق من طلاقها إلا دون الثلاث فانها اذا بانت صارت كالأجنبية ، ولو قال ذلك لامرأة ابتداء ثم أعاده لها طلقت ضرمتها بكل اعادة مرة حتى تكمل الثلاث ، وان قال لامرأة إذا حلفت بطلاق ضرمتك فهي طالق ثم قال للآخرى اذا حلفت بطلاقك فأنت طالق طلقت في الحال ، ثم ان قال الاولى مثل ما قال لها أو قال للثانية مثل ما قال لها طلقت الثانية وكذلك اثالثة ولا يقع بالاولى بهذا طلاق لان الحلف في الموضعين إنما هو بطلاق الثانية

لكل واحدة ثلاث بخلاف قوله أوقعت فيمكن ثلاثا فانه يقتضي قسمة الثلاث عليهن لكل واحدة منهن جزءا منها وجزء الواحد من الثلاث ثلاثة أرباع تطليقة
(فصل) إذا قال نصفك أو جزء منك أو أصبعك أو دمك طالق طلقت ، متى طلق جزءا من المرأة من أجزائها النابتة طاعت كلها سواء كان شائعا كمنصفها أو سدسها أو جزءا من ألف جزء منها أو جزءا معيناً كيدها أو رأسها أو أصبعها ، وهذا قول الحسن ومذهب الشافعي وأبي ثور وابن القاسم من أصحاب مالك وقال أصحاب الرأي ان أضافه الى جزء شائع أو واحد من أعضاء خمسة : الرأس والوجه والرقبة والظهر والفرج طلقت وان أضافه الى جزء معين غير هذه الخمسة لم تطلق لانه جزء تبقى الجملة بدونه أو جزء لا يعبر به عن الجملة فلم تطلق المرأة لاضافة الطلاق اليه كالسن والظفر ولنا أنه أضاف الطلاق الى جزء ثابت استباحه بعقد النكاح فأشبهه الجزء الشائع والأعضاء الخمسة ولانها جملة لا تبعض في الحل والحرمه وجد فيها ما يقتضي التحريم والاباحة فغلب فيها حكم التحريم كما لو اشترك مسلم ومجوسي في قتل صيد ، وفارق ما قاسوا عليه فانه ليس يبقى فان الشعر والظفر يزولان ويخرج غيرها ولا تنقض منها الطهارة

ولو قال للاولى ان حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم قال لثانية ان حلفت بطلاق ضررتك فهي طالق طقت الاولى ثم متى أعاد احد هذين الشرطين مرة أخرى طقت الاولى مرة ثانية وكذلك الثالثة ولا يقع بالثانية بهذا طلاق ، ولو قال لاحدهما اذا حلفت بطلاقك فضررتك طالق ثم قال للآخرى اذا حلفت بطلاق ضررتك فأنت طالق لم تطلق واحدة منهما لانه في الموضعين علق طلاق الثانية على الحلف بطلاق الاولى ولم يحلف بطلاقها، ولو أعاد ذلك لها لم يقع طلاق بإعادة منهما وسواء تقدم القول لثانية على القول للاولى أو تأخر عنه

(فصل) وان كان له ثلاث نسوة فقال ان حلفت بطلاق زينب فعمره طالق ثم قال ان حلفت بطلاق عمرة فحنصة طالق ثم قال ان حلفت بطلاق حنصة فزينب طالق طلقت عمرة ، وان جعل مكان زينب عمرة طقت حنصة ثم متى أعاده بعد ذلك طلقت منهن واحدة على الوجه الذي ذكرناه وان قال ان حلفت بطلاق زينب فنسائي طواق ثم قال ان حلفت بطلاق عمرة فنسائي طواق ثم قال ان حلفت بطلاق حنصة فنسائي طواق طلقت كل واحدة منهن طقتين لانه لما قال ان حلفت بطلاق عمرة فنسائي طواق فقد حلف بطلاق زينب بعد تعلقه طلاق نسائه على الحلف بطلاقها فطلقت كل واحدة منهن طلقة ، ولما قال ان حلفت بطلاق حنصة فنسائي طواق فقد حلف بطلاق عمرة وزينب فطلقت كل واحدة منهن طلقة بطلاقه بطلاق عمرة ولم يقع بطلاقه بطلاق زينب شيء.

﴿مسئلة﴾ (وان قال شعرك أو ظفرك أو سنك طالق لم تطلق)

وهذا قال أصحاب الرأي ويحتمل أن تطلق ذكره صاحب المحرر وقال مالك والشافعي تطلق بذلك ونحوه عن الحسن لانه جزء يستباح بنكاحها فتطابق بطلاقه كالاصبع ولنا أنه جزء ينفصل عنها في حال السلامة، وفارق الاصبع قلها لا تنفصل في حال السلامة والسن نزول من الصغير ويخاق غيرها وتنقلع من الكبير بخلاف الاصبع فلم تطلق بطلاقه كالحمل والريق ولان الشعر لا روح فيه ولا ينقض الوضوء مسه فأشبهه العرق واللبن

﴿مسئلة﴾ (وان أضافه الى الريق والحمل والدمع والعرق لم تطلق)

لا نعلم فيه خلافا لان هذه ليست من جسمها فان الريق والدمع والعرق فضلات والحمل وان كان متصلا بها الا ان ماله الى الانفصال فلذلك لم تطلق به وهو مودع فيها . قال الله تعالى (وهو الذي أنشأكم من نفس واحدة فمستقر ومستودع) في بطن الام

﴿مسئلة﴾ (وان قال روحك طالق طلقت)

لان الحياة لا تبقى بدون روحها كالدّم ، وقال أبو بكر لا يختلف قول أحمد في الطلاق والعنق والظهار والحرام ان هذه الاشياء لا تقع إذا ذكر أربعة أشياء : الشعر والسن والظفر والروح . جرد القول عنه مهنا بن يحيى والفضل بن زياد القطان فبذلك أقول ووجهه أن الروح ليست عضواً ولا شيئاً يستمتع به

لأنه قد حنث به مرة فلا يحنث ثانية ، ولو كان مكان قوله ان كلما طلقت كل واحدة منهن ثلاثاً لان كلما تنقضي التكرار

ولو قال كلما حلفت بطلاق واحدة منهن فأتين طوائق ثم أعاد ذلك مرة ثانية طلقن ثلاثاً ثلاثاً لأنه بإعادته حالف بطلاق كل واحدة منهن وحالفه بطلاق كل واحدة شرط لطلقاتهن جميعاً ، وان قال ان حلفت بطلاق واحدة منهن فأتين طوائق ثم أعاد ذلك طلقت كل واحدة منهن طلقة لان إن لا تنقضي التكرار وان قال بعد ذلك لاحداهن ان قت فأتت طائق طلقت كل واحدة منهن طلقة أخرى ، ولو قال كلما حلفت بطلاق منهن فأتين طوائق ثم أعاد ذلك طلقت كل واحدة طلقة ، وان قال بعد ذلك لاحداهن ان قت فأتت طائق لم تطلق واحدة منهن وان قال ذلك للثنتين الباقيتين طلق الجميع طلقة طلقة (فصل) وإن قال لزوجة ان حلفت بعق عبدي فأتت طائق ثم قال إن حلفت بطلاقك فعبدني حر طلقت ثم ان قال لعبدته إن حلفت بعقك فامرأتي طالق عتق العبد وان قال له إن حلفت بطلاق امرأتي فأتت حر ثم قل لها إن حلفت بعق عبدي فأتت طائق عتق العبد ولو قال لعبدته ان حلفت بعقك فأتت حر ثم أعاد ذلك عتق العبد .

(فصل) وقد استعمل الطلاق والعتاق استعمال القسم جواباً له فاذا قال أنت طالق لأقومن وقام لم تطلق زوجته فان لم يقم في الوقت الذي عينه حنث ، هذا قول أكثر أهل العلم منهم سعيد بن المسيب

(فصل) فيما يخالف المدخول بها غيرها

﴿مسئلة﴾ (إذا قال للمدخول بها أنت طالق أنت طالق طلقت طلقتين الا أن ينوي بالثانية التأكيد أو انهاهما)

إذا قال لامرأته المدخول بها أنت طالق مرتين ونوى بالثانية إيقاع طلقة ثانية وقعت بها طلقتان بلا خلاف وان نوى بها افهامها أن الاولى قد وقعت بها أو التأكيد لم تطلق الا واحدة ، وان لم تكن له نية وقعت طلقتان ، وبه قال أبو حنيفة ومالك وهو الصحيح من قولي الشافعي وقال في الآخر تطلق واحدة لان التكرار يكون لتأكيد والافهام ويحتمل الإيقاع فلا نوقع طلقة بالشك

ولنا أن هذا اللفظ للإيقاع ويقضي الوقوع بدليل ما لو يتقدمه مثله وإنما ينصرف عن ذلك بنية التأكيد والافهام فاذا لم يوجد ذلك وقع مقتضاه كما يجب العمل بالعموم في العام إذا لم يوجد الخصاص وبالاطلاق في المطلق اذا لم يوجد المقيد ، فأما غير المدخول بها فلا تطلق الا واحدة سواء نوى الإيقاع أو غيره وسواء قال ذلك منفصلاً أو متصلاً وهذا قول عكرمة والنخعي وحامد بن أبي سليمان والحكم والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وأبي عبيد وابن المنذر وذكره الحاكم عن ثلي وزيد بن ثابت وابن مسعود وقال مالك والاوزاعي والليث يقع بها طلقتان وان قال ذلك ثلاثاً طلقت ثلاثاً اذا كان متصلاً لانه طلق ثلاثاً بكلام متصل أشبه قوله أنت طالق ثلاثاً

والحسن وعطاء، والزهرى وسعيد بن جبير والشعبي والثوري وأصحاب الرأي وقال شريح يقع طلاقه وان قام لانه طلق طلاقاً غير معاق بشرط وقوع كماله لم يقع

ولنا أنه حلف بر فيه فلم يحث كماله حلف بالله تعالى وإن قال أنت طالق إن أخاك لعاقل وكان أخوها عاقلاً لم يحث وإن لم يكن عاقلاً حث كماله وقال والله إن أخاك لعاقل وإن شك في عقله لم يقع الطلاق لأن الأصل بقاء النكاح فلا يزول بالشك، وإن قال أنت طالق لا أكلت هذا الرغيف فأكله حث والا فلا، وإن قال أنت طالق ما أكلته وكان صادقاً لم يحث وإن كان كاذباً حث كماله قال والله ما أكلته، وإن قال أنت طالق لولا أبوك لطلقتك وكان صادقاً لم تطلق وإن كان كاذباً طلقت ولو قال إن حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم قال أنت طالق لا كرمك طلقت في الحال، ولو قال إن حلفت بعق عبدك فأنت طالق ثم قال عبدك حر لا قوم من طلقت المرأة وإن قال إن حلفت بطلاق امرأتي فبعبدك حر ثم قال أنت طالق لقد صمت أمس عني العبد

(فصل) وإن قال إن طلقت حفصة فعمرة طالق ثم قال إن طلقت عمرة فحفصة طالق ثم طلق حفصة طلقتهما معاً حفصة بالمباشرة وعمرة بالصفة ولم تزد كل واحدة منهما على طاعة وإن بدأ بطلاق عمرة طلقت طقتين وطلعت حفصة طاعة واحدة لانه إذا طلق حفصة طلقت عمرة بالصفة لكونه علق طلاقها على طلاق حفصة ولم يعد على حفصة طلاق آخر لانه ما أحدث في عمرة طلاقاً إنما طلقت بالصفة

ولنا أنه طلاق مفرق في غير المدخول بها فلم يقع إلا الأولى كما لو فرق كلامه ولأن غير المدخول بها تبين بطلقة لانه لا عدة عليها فتصادفها الطلقة الثانية بائناً فلا يقع الطلاق بها إلا بغير زوجة ولانه قول من سمينا من الصحابة ولا نعلم لهم مخالفاً في عصرهم فيكون اجماعاً

(فصل) فأما إن قال أنت طالق ثم مضى زمن طويل ثم أعاد ذلك لمدخول بها طلقت ثانية ولم يقبل قوله نويت التوكيد لأن التوكيد تابع للكلام فشرطه أن يكون متصلاً به كسائر التوابع من العطف والصفة والبدل.

(مسألة) (وان قال أنت طالق فطالق أو ثم طالق أو طالق طلقة بل طلقتين أو بل طلقة أو طالق طلقة بعدها طلقة أو قبل طلقة طلقت طلقتين إن كانت مدخولاً بها وإن كانت غير مدخول بها بانت بالأولى ولم يلزمها ما بعدها وعنه فيما إذا قال أنت طالق طلقة بل طلقة أو طالق بل طالق أنه لا يقع بالمدخول بها إلا طلقة بناء على ما إذا قاله علي درهم بل درهم ذكره في المحرر)

كل طلاق مرتب في الوقوع يأتي بعضه بعد بعض لا يقع بغير المدخول بها منه أكثر من واحدة لما ذكرنا ويقع بالمدخول بها ثلاث إذا أوقعها كقوله أنت طالق فطالق أو أنت طالق ثم طالق وأنت طالق أو فطالق وأشباه ذلك لأن هذه حروف تقتضي الترتيب فتقع بها الأولى فتبينها فتأتي الثانية فتصادفها بائناً غير زوجة فلا تقع بها

السابقة على تعليقه طلاقها ، وان بدأ بطلاق عمرة طالت حفصة لكون طلاقها معلقا على طلاق عمرة
 ووقوع الطلاق بها تطابق منه لما لانه أحدث فيها طلاقا بتعليقه طلاقها على تطليق عمرة بعد قوله ان
 طالت حفصة فعمره طالق ومتى وجد التعليق والوقوع معا فهو تطليق ، فان وجدا معا بعد تعليق الطلاق
 بطلاقها وقع الطلاق المعلق بطلاقها وطلاق عمرة ههنا معلق بطلاقها فوجب القول بوقوعه ، ولو قال لعمرة
 كلما طقت حفصة فانت طالق ثم قال لحفصة كلما طلفت عمرة فانت طالق ثم قل لعمرة أنت
 طالق طلفت طلفتين وطلقت حفصة طلبة واحدة ، وان طلق حفصة ابتداء لم يقع بكل واحدة منهما
 الا طلبة لان هذه المسئلة كالتي قبلها سواء فانه بدأ بتعليق طلاق عمرة على تطليق حفصة ثم ثني بتعليق
 طلاق حفصة على تطليق عمرة ، ولو قال لعمرة ان طقتك فحفصة طالق ثم قال لحفصة ان طقتك فعمرة
 طالق ثم طاق حفصة طلفت طلفتين وطلعت عمرة طلبة وان طلق عمرة طلفت كل واحدة منهما طلبة
 لانها عكس التي قبلها ، ذكر هاتين المسئلتين القاضي في المجرى ، ولو قال لاحدى زوجتيه كلما طلفت
 ضررتك فانت طالق ثم قال الاخرى مثل ذلك ثم طلق الاولى طلفت طلفتين وطلعت الثانية طلبة ،
 وان طاق الثانية طلفت (١) طلفتين وطلعت الاولى طلبة ، وان قال كلما طلفتك فضررتك طالق ، ثم قال
 الاخرى مثل ذلك ثم طلق الاولى طلفت كل واحدة منهما طلبة طلبة وان طاق الثانية طلفت طلفتين
 وطلعت الاولى طلبة وتعيل ذلك على ما ذكرنا في المسئلة الاولى

(١) في نسخة طلفت
 كل واحدة منهما طلبة

فأما المدخول بها فتأتي الثانية فتصادفها محل النكاح فتقع وكذلك الثالثة وكذلك لو قال أنت طالق بل
 طالق وطالق ذكره أبو الخطاب ، وان قال أنت طالق طلبة قبل طلبة أو بعد طلبة أو بعدها طلبة أو
 طلبة فطلقة أو طلبة ثم طلبة وقع بغير المدخول بها طلبة وبالمدخل بها اثنتان لما ذكرنا من أن هذا
 يقتضي طلبة بعد طلبة

(مسئلة) (وان قال أنت طالق طلبة قبلها طلبة فكذلك عند القاضي)

وهو ظاهر مذهب الشافعي وقال بعضهم لا يقع بغير المدخول بها شيء بناء على قولهم في السريحية وقال
 أبو بكر وأبو الخطاب يقع اثنتان وهو قول أبي حنيفة لانه استكمال وقوع الطلبة الاخرى قبل
 الطلبة الموقعة فوقعت معها لانها لما تأخرت عن الزمن الذي قصد ايقاعها فيه لكونه زمانا ماضيا وجب
 ايقاعها في أقرب الازمنة وهو معها ولا يلزم تأخرها الى ما بعدها لان قبله زمناً يمكن الوقوع فيه وهو
 زمن قريب فلا يؤخر الى البعيد

ولنا أن هذا طلاق بعضه قبل بعض فلم يقع بغير المدخول بها جميعه كما لو قال طلبة بعد طلبة أو
 قال أنت طالق طلبة غدا وطلقة اليوم ولو قال جاء زيد بعد عمرو وأوجاء زيد وقبلة عمرو أو أعط زيداً
 بعد عمرو كان كلامه صحيحاً يفيد تأخر المتقدم لفظاً عن المذكور بعده . وليس هذا طلاقاً في زمن
 ماض وانما يقع ايقاعه في المستقبل على الوجه الذي رتبته ، ولو قدر أن احداها موقعة في زمن ماض

(فصل) وان كان له ثلاث نسوة ، فقال ان طلقت زينب فعمرة طالق وان طلقت عمرة حفصة طالق وان طلقت حفصة فزينب طالق ثم طلق زينب طلقت عمرة ولم تطلق حفصة لانه ما أحدث في عمرة طلاقاً بعد تعليق طلاق حفصة بتطليقها وإنما طلقت بالصفة السابقة على ذلك فيكون وقوع الطلاق وليس بتطليق وان طلق عمرة طلقت حفصة ولم تطلق زينب لذلك وان طلق حفصة طلقت زينب ثم طلقت عمرة فيقع الطلاق بالثلاث لانه أحدث في زينب طلاقاً بعد تعاليقه طلاق عمرة بطلاقها فانه عاق طلاقها بعد ذلك على تطليق حفصة ثم طلق حفصة والتعليق مع تحقق شرطه تطليق وقد وجد التعليق وشرطه معا بعد تعاليقه طلاق عمرة بتطليقها فكان وقوع الطلاق بزينب تطليقاً فطلقت به عمرة بخلاف غيرها ، وان قال لزينب ان طلقت عمرة فأنت طالق ثم قال لعمرة ان طلقت حفصة فأنت طالق ثم قال لحفصة ان طلقت زينب فأنت طالق ، ثم طلق زينب طلقت الثلاث زينب بالمباشرة وحفصة بالصفة ووقوع الطلاق بحفصة تطليق لها وتطليقها شرط طلاق عمرة فتطلق به أيضاً ، والدليل على أنه تطليق لحفصة أنه أحدث فيها طلاقاً بتعليقه طلاقها على تطليق زينب بعد تعليق طلاق عمرة بتطليقها وتحقق شرطه والتعليق مع شرطه تطليق وقد وجد معا بعد جعل تطليقها صفة لطلاق عمرة ، وان طلق عمرة طلقت هي وزينب ولم تطلق حفصة وان طلق حفصة طلقت هي وعمرة ولم تطلق زينب لما ذكرنا في المسئلة التي قبلها ، وان قال لزينب ان طلقك فضرناك طالقان ثم قال لعمرة مثل ذلك ثم قال لحفصة

لامتنع وقوعها ووقعت الاخرى وهذا تعليل القاضي لكونه لا يقع الا واحدة . قال شيخنا والاول من التعليلين أصح إن شاء الله تعالى

﴿مسئلة﴾ (وان قال أنت طالق طالق معها طارقة أو مع طارقة أو طالق وطالق طلقت طلقتين) اذا قال أنت طالق طارقة معها طارقة وقع بها طاقنتان سواء في ذلك المدخول بها أو غيرها وان قال معها اثنتان وقع بها ثلاث في قياس المذهب وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي وقال أبو يوسف تقع واحدة لان الطارقة إذا وقعت مفردة لم يمكن أن يكون معها شيء ولنا أنه أوقع ثلاث طلاقات بلفظ يقتضي وقرعهن معا فوقعن كاهن كما لو قال أنت طالق ثلاثاً ولا نسلم أن الطارقة تقع مفردة فان الطلاق لا يقع بمجرد اللفظ به إذ لو وقع بذلك لما صح تعاليقه بشرط ولا صح وصفه بالثلاث ولا بغيرها

(فصل) اذا قال لغير مدخول بها أنت طالق وطالق وقعت طاقنتان ، وان قال أنت طالق وطالق وطالق طلقت ثلاثاً وبه قال مالك والاوزاعي والليث وربيعة وابن أبي ليلى وحكي عن الشافعي في القديم ما يدل عليه ، وقال الثوري والشافعي لا يقع الا واحدة لانه أوقع الاولى قبل الثانية فلم يقع عليها شيء آخر كما لو فرقها وذكره ابن أبي موسى في الارشاد وجهاً في المذهب ولنا أن الواو تقتضي الجمع ولا ترتيب فيها فيكون موقفاً للثلاث جميعاً فيقعن عليها كقولك أنت طالق

مثل ذلك ثم طلق زينب طلقت كل واحدة منهن طلقة واحدة لانه لم يحدث في غير زينب طلاقا إنما طلقا بالصفة السابقة على تعليق الطلاق بتطليقها وان طلق عمرة طلقت زينب طلقة وطلقت عمرة وحنصة كل واحدة منهما طلقتين لان عمرة طلقت واحدة بالمباشرة وطلقت زينب وحنصة بطلاقها واحدة واحدة وطلاق زينب تطليق لها لانه وقع بها بصفة أحدها بعد تعليق طلاقها بتطليقها فعاد على عمرة وحنصة بذلك طلقتان ولم يعد على زينب بطلاقها طلاق لما تقدم، وان طلق حنصة طلقت ثلاثا لانها طلقت واحدة بالمباشرة فطلقت بها ضرباها ووقع الطلاق بكل واحدة منها تطليق لانه بصفة أحدها فيها بعد تعليق طلاقها بطلاقها فعاد عليها من طلاق كل واحدة منهما طلقة فكل لها ثلاث وطلقت عمرة طلقتين واحدة بتطليق حنصة وأخرى بوقع الطلاق على زينب لانه تطليق لزينب لما ذكرناه، وطلقت زينب واحدة لان طلاق ضربتها بالصفة ليس بتطليق في حقها، وان قال لكل واحدة منهن كلما طلقت إحدى ضربتيك فأنت طالق ثم طلق الأولى طلقت ثلاثا، وطلقت الثانية طلقتين والثالثة طلقة واحدة لان تطليقه للأولى شرط لطلاق ضربتها ووقع الطلاق بهما تطليق بالنسبة اليهما لكونه وانما بصفة أحدها بعد تعليق طلاقها بطلاقها فعاد عليها من تطليق كل واحدة منهما طلقة فكل لها الثلاث وعاد على الثانية من طلاق الثالثة طلقة ثانية لذلك ولم يعد على الثالثة من طلاقها الواقع بالصفة شيء لانه ليس بتطليق في حقها، وان طلق الثانية طلقت أيضا طلقتين وطلقت الأولى ثلاثا والثالثة طلقة وان طلق الثالثة طلقت الأولى طلقتين وطلقت كل واحدة من الباقيتين طلقة طلقة

ثلاثا أو طلقة معها طلقتان، وبفارق ما إذا فرقها فانه لا يقع جميعا وكذلك اذا عطف بعضها على بعض بحرف يقتضي الترتيب فان الأولى تقع قبل الثانية بمقتضى إيقاعه وهما لا تقع الأولى حين نطقه بها حتى يتم كلامه بدليل أنه لو أطلقه استثناء أو شرطاً لم يقع الأول مطلقاً ولو كان يقع حين نطقه لم يلحقه شيء من ذلك، وإذا ثبت أنه يقف وقوعه على تمام الكلام فانه يقع عند تمام كلامه على الوجه الذي اقتضاه لفظه ولفظه يقتضي وقوع الطلقات الثلاث مجتمعات، فان قيل إنما أوقفنا أول الكلام على آخره مع الشرط والاستثناء لانه معبر له والعطف لا يعبر فلا يتوقف عليه، وبدين أنه وقع أول ما لفظ به وكذلك لو قال لما أنت طالق أنت طالق لم يقع إلا واحدة، قلنا ما لم يتم الكلام فهو عرضة للتغيير اما بما يخصه بزمان أو يقيد بقيد كالشرط وإما بما يمنع به كاستثناء، واما بما يبين عدد الواقع كالصفة بالعدد واشباه هذا فيجب أن يكون واقعاً ولولا ذلك لما وقع بغير المدخول بها ثلاث بحال لانه لو قال لما أنت طالق ثلاثا فوقعت بها طلقة قبل قوله ثلاثا لم يمكن أن يقع شيء آخر وأما اذا قال أنت طالق أنت طالق أنت طالق فهاتان جملتان لا تتعلق إحداها بالأخرى ولو تعقب إحداها شرط أو استثناء أو صفة لم يتناول الأخرى فلا وجه لوقوف إحداها على الأخرى والمعطوف مع

(فصل) ولو قال لامرأته ان طلقك فعبيدي حر ثم قال لعبيده ان قت فامرأتي طالق فقام طلقت المرأة وعنى العبد ، ولو قال لعبيده ان قت فامرأتي طالق ثم قال لامرأته ان طلقك فعبيدي حر فقام العبد طلقت المرأة ولم يعنى العبد لان وقوع الطلاق بالصفة انما يكون تطليقاً مع وجود الصفة ففي الصورة الاولى وجدت الصفة والوقوع بعد قوله ان طلقك فعبيدي حر ، وفي الصورة الاخرى لم يوجد بعد ذلك إلا الوقوع وحده فكانت الصفة ساقطة فلذلك لم يعنى العبد ، ولو قال لعبيده ان أعتقتك فامرأتي طالق ثم قال لامرأته ان حلفت بطلاقك فعبيدي حر ثم قال لعبيده ان لم أضربك فامرأتي طالق عنى العبد وطلقت المرأة

(فصل) ومتى علق الطلاق على صفات فاجتمعن في شيء واحد وقع بكل صفة ماعاق عليها كما لو وجدت مفترقة وكذلك العتاق فلو قال لامرأته ان كلمت رجلاً فأنت طالق وان كلمت طويلاً فأنت طالق وان كلمت أسود فأنت طالق فكلمت رجلاً أسود طويلاً طانت ثلاثاً ، وان قال ان ولدت بنتاً فأنت طالق ، وان ولدت سوداء فأنت طالق وان ولدت ولداً فأنت طالق فولدت بنتاً سوداء طلقت ثلاثاً ، وان قال ان أكلت رمانة فأنت طالق ، وان أكلت نصف رمانة فأنت طالق فأكلت رمانة طلقت اثنتين ، وان قال كلما أكلت رمانة فأنت طالق وكلما أكلت نصف رمانة فأنت طالق فأكلت رمانة طلقت ثلاثاً لان كلما تقتضي التكرار وفي الرمانة نصفان فتطلق

المعطوف عليه شيء واحد لو تعقب شرط لعاد الى الجميع ولان المعطوف لا يستقل بنفسه ولا يفيد بمفرده بخلاف قوله أنت طالق فانها جملة مفيدة لا تعلق لها بالاخرى فلا يصح قياسها عليها

(فصل) فان قال أنت طالق طاقنتين ونصفاً فهي عندنا كاتى قبلها تقع الثلاث وقال خفافون تقع طاقنتان (فصل) وإذا قال أنت طالق طلقة بعدها طلقة ثم قال أردت أن أوقع بعدها طلقة دين وهل يقبل في الحكم ؟ يخرج على روايتين . وان قال أنت طالق طلقة قبلها طلقة وقال أردت أني طلقها قبل هذا في نكاح آخر أو أن زوجاً قبلي طلقها دين ، وهل يقبل في الحكم ؟ فيه ثلاثة أوجه (أحدها) يقبل (والثاني) لا يقبل (والثالث) يقبل إن كان وجد ، والصحيح أنه لا يقبل إذا لم يكن وجد لانه لا يحتمل ما قاله .

(فصل) فان قال أنت طالق طالق طالق وقال أردت التوكيد قبل منه لان الكلام تكرر للتأكيد كقوله عليه السلام « فسكاحها باطل باطل باطل » وإن قصد الإيقاع وتكرر اللفظان طلقت ثلاثاً . وإن لم ينو شيئاً لم يقع إلا واحدة لانه لم يأت بينهما بحرف يقتضي المغايرة فلا تكن متغايرات ، وإن قال أنت طالق وطالق وقال أردت بالثانية التأكيد لم يقبل لانه لا غير بينهما وبين الاولى بحرف يقتضي العطف والمغايرة وهذا يمنع . وأما الثالثة فهي كالثانية في لفظها فان قال أردت بها التوكيد دين وهل يقبل في الحكم ؟ على روايتين

بأكلها طاعتين وبأكل الرمانة طاعة فان نوى بقوله نصف رمانة نصفاً مفرداً عن الرمانة المشروطة أو كانت مع الكلام قرينة تقتضي ذلك لم يحث حتى تأكل مانوى تعليق الطلاق به لان مبنى الايمان على النية

(فصل) فان قال ان دخل الدار رجل فعبد من عبيدي حر وان دخلها طويل فعبدان حران ، وإن دخلها أسود فثلاثة عبيد أحرار وان دخلها فتيه فأربعة عبيد أحرار فدخلها فتيه طويل أسود عتق من عبيده عشرة ، وان كان له أربع نسوة فقال ان طلقت امرأة منكم فعبد من عبيدي حر ، وان طلقت اثنتين فعبدان حران ، وان طلقت ثلاثة فثلاثة أحرار ، وان طلقت أربعة فأربعة أحرار ثم طلق الرابع مجتمعات أو متفرقات عتق من عبيده عشرة بالواحدة واحد وبالثنتين اثنتان وبالثلاث ثلاثة وبالأربع أربعة لاجتماع هذه الصفات الأربع فيهن ولو علق ذلك بالصفة كلها فقد قيل يعتق عشرة أيضاً والصحيح أنه يعتق خمسة عشر عبداً لان فيهن أربعة صفات هن أربع فيعتق أربعة وهن أربعة آحاد فيعتق بذلك أربعة وفيهن ثلاث فيعتق هن ثلاثة وان شئت قلت يعتق بالواحدة واحد وبالثانية ثلاثة لان فيها صفتين هي واحدة وهي مع الاولى اثنتان ويعتق بالثانية أربعة لأنها واحدة وهي مع الاولى والثانية ثلاث ، ويعتق بالرابعة سبعة لان فيها ثلاث صفات هي واحدة وهي مع الثانية اثنتان وهي مع الثلاث التي قبلها أربع وهذا أولى من الاول لان قائله لا يعتبر صفة طلاق الواحدة

(إحداهما) يقبل وهو مذهب الشافعي لانه كرر لفظ الطلاق مثل الاول فقبل تفسيره بالتأكيّد كما لو قال انت طالق انت طالق والثانية لا يقبل لان حرف العطف للمغايرة فلا يقبل منه ما يخالف ذلك كما لا يقبل في الثانية ولو قال انت طالق فطالق فطالق أو أنت طالق ثم طالق ثم طالق فالحكم فيها كاتي عطفها بالواو فان غير بين الحروف فقال أنت طالق وطالق ثم طالق ثم طالق وطالق أو طالق وطالق فطالق ونحو ذلك لم يقبل في شيء منها لإرادة التوكيد لان كل كلمة مغايرة لما قبلها مخالفة لها في لفظها والتوكيد انما يكون بتكرير الاول بصورته

(فصل) فان قال انت مطلقة انت مسرحة انت مفارقة وقال اردت التوكيد بالثانية والثالثة قبل لانه لم يغاير بينهما بالحروف الموضوع للمغايرة بين الالفاظ بل اعاد اللفظة بمعناها ومثل هذا يعاد توكيداً وان قال انت طالقة ومسرحة ومفارقة وقال اردت التوكيد احتمل ان يقبل منه لان اللفظ الختلاف يعطف بعضه على بعض توكيداً * فإني قولها كذباً وميناً * ويحتمل ان لا يقبل لان الواو تقتضي المغايرة فأشبهه ما لو كان بلفظ واحد

مسئلة (والمعلق كالمعجز في حكم المدخول بها وغيرها)

فلو قال ان دخلت الدار فأنت طالق وطالق فدخلت الدار طلقت ثلاثاً وبه قال أبو يوسف

(الجزء الثامن)

(٤٤)

(المغني والشرح الكبير)

في غير الاولى ولا صفة الثنية في الثالثة والرابعة ولفظ كلما يقتضي التكرار فيجب تكرار الطلاق بتكرار الصفات ، وقيل يعتق سبعة عشر لان صفة الثنية قد وجدت ثلاث مرات فانها توجد بضم الثانية الى الثالثة ، وقيل يعتق عشرون وهو قول أبي حنيفة لان صفة الثلاث وجدت مرة ثانية بضم الثانية والثالثة الى الرابعة وكلما القولين غير شديد لانهم عدوا الثانية مع الاولى في صفة الثنية مرة ثم عدوها مع الثالثة مرة أخرى وعدوا الثانية والثالثة في صفة الثلاث مرتين مرة مع الاولى ومرة مع الرابعة وما عد في صفة مرة لا يجوز عده في تلك الصفة مرة أخرى ولذلك لو قال كلما كملت نصف رمانة فانت طالق فأكملت رمانة لم تطلق الا اثنتين لان الرمانة نصفان ولا يقال انها اطلق ثلاثة بأن يضم الربع الثاني إلى الربع الثالث فيصيران نصفاً ثالثاً وكذلك في مسئلتنا لم يضم الاولى إلى الرابعة فيصيران اثنتين ، وعلى سياق هذا القول ينبغي أن يعتق اثنان وثلاثون واحد بطلاق واحدة وثلاثة بطلاق الثانية وثمانية بطلاق الثالثة لانها واحدة وهي مع ما قبلها ثلاثة وهي مع ضمها الى الاولى اثنان ومع ضمها الى الثانية اثنان ففيها صفة الثنية مرتان ويعتق بطلاق الرابعة عشرون لان فيها ثمانى صفات هي واحدة وهي مع ما قبلها أربع وفيها صفة الثلاث ثلاث مرات هي مع الاولى والثانية ثلاث ومع الثانية والثالثة ثلاث ومع الاولى والثالثة ثلاث فيعتق بذلك تسعة وفيها صفة الثنية ثلاث مرات هي مع الاولى اثنتان وهي مع الثانية اثنتان وهي مع الثالثة اثنتان فيعتق بذلك ستة ويصير الجميع اثنتين وثلاثين وما نعلم بهذا قائلًا وهذا مع الاطلاق

ومحمد وأصحاب الشافعي في أحد الوجهين وقال أبو حنيفة تقع واحدة لان الطلاق المطلق اذا وجدت الصفة يكون كأنه أوقعه في الحال على تلك الصفة ولو أوقعه كذلك لم يقع الا واحدة ولنا انه وجد شرط وقوع ثلاث طلقات غير مرتبات فوقع الثلاث كما لو قال ان دخلت الدار فانت طالق وكرر ذلك ثلاثا فدخلت فانها تطلق ثلاثا في قول الجميع

(مسئلة) (وان قال ان دخلت الدار فانت طالق طلقة معها طلقة فدخلت طلقتين وذكر مثل هذا بعض أصحاب الشافعي ولم يحك عنهم فيه خلافاً وكذلك اذا قال طلقة مع طلقة فدخلت (مسئلة) (وان قال لغير مدخول بها أنت طالق ثم طالق ثم طالق ان دخلت الدار وان دخلت الدار فانت طالق فطالق فدخلت طلقت واحدة فبانت بها ولم تطلق غيرها)

وبهذا قال الشافعي وذهب القاضي الى انها تطلق في الحال واحدة تبين بها وهو قول أبي حنيفة في الصورة الاولى لان ثم تقطع الاولى عما بعدها للمهلة فتكون الاولى واقعة والثانية معلقة بالشرط وقال أبو يوسف ومحمد لا يقع حتى تدخل الدار فيقع بها ثلاث لان دخول الدار شرط للثلاث فوقعت كما لو قال ان دخلت الدار فانت طالق وطالق وطالق

ولنا ان ثم للعطف وفيها ترتيب فتعلقت التطلقات كلها بالدخول لان العطف لا يمنع تعلق الشرط

فأما ان نوى بالمنظرة غير ما يقتضيه الاطلاق مثل أن ينوي بقوله اثنتين غير الواحدة فيمينه على ما نواه ، ومتى لم يمين العبيد المعتقين أخرجا بالقرعة ، ولو قال كلها أعتقت عبداً من عبيدي فامرأة من نسائي طالق وكلها أعتقت اثنتين فامرأتان طالقان ثم أعتق اثنتين طلق الأربع على القول الصحيح وعلى القول الاول بطلاق ثلاث ويخرجن بالقرعة ، ولو قال كلها أعتقت عبداً من عبيدي فخارية من جواربي حرة وكلها أعتقت اثنتين فخاريتان حرتان وكلها أعتقت ثلاثة فثلاث أحرار وكلها أعتقت أربعة فأربع أحرار ثم أعتق أربعة عتق من جواربي بعد ما طلق من النساء على ما ذكرناه ، وان أعتق خمسا فعلى القول الاول يعتق من جواربه ههنا خمس عشرة وعلى القول الثاني يعتق إحدى وعشرون لان عتق الخامس عتق به ست لكونه واحدا وهو مع ما قبله خمسة ولم يكن عده في سائر الصفات لان ما قبله قد عد في ذلك مرة فلا يعد ثانية

(مسئلة) قال (واذا قال ان لم أطلقك فأنت طالق ولم ينو وقتاً ولم يطلتها حتى مات أومات وقم الطلاق بها في آخر أوقات الامكان

وجملة ذلك ان حرف ان موضوع للشرط لا يقتضي زمناً ولا يدل عليه إلا من حيث ان الفعل المعلق به من ضرورته الزمان وما حصل ضرورة لا يتقيد بزمان معين ولا يقتضي تعجيلاً فعلق عليه

بالمعطوف عليه ويجب الترتيب فيها كما يجب لو لم يعلقه بالشرط وفي هذا انفصال عما ذكره ولان الاولى تلي الشرط فلم يحز وقوعها بدونه كما لو لم يعطف عليها ولانه جعل الاولى جزءاً للشرط وعقبه اياها بفاء التعقيب الموضوعة للجزاء فلم يحز تقديمها عليه كسائر نظائره ولانه لو قال ان دخل زيد داري فاعطه درهما ثم درهما لم يحز ان يعطيه قبل دخوله فكذا ههنا وما ذكره تحكم ليس له شاهد في اللغة ولا أصل في الشرع فاما ان قال لدخول بها ان دخلت الدار فأنت طالق ثم طالق ثم طالق لم يقع به شيء حتى تدخل الدار فيقع بها الثلاث وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وذهب القاضي الى وقوع طلقتين في الحال وتبقى الثالثة معلقة بالدخول وهو ظاهر الفساد فانه يحمل الشرط المتقدم للمعطوف دون المعطوف عليه ويعلق به ما بعد عنه دون ما يليه ويجعل جزاءه ما لم يوجد فيه الفاء التي يجازي بها دون ما وجدت فيه تحكما لا يعرف عليه دليل ولا نعلم له نظيراً وان قال لها ان دخلت الدار فأنت طالق فطالق فطالق فدخلت طلقت ثلاثاً في قولهم جميعاً

(مسئلة) (وان قال ان دخلت الدار فأنت طالق ان دخلت فأنت طالق فدخلت طلقتين بكل حال)

وان كرر ذلك ثلاثاً طلقت ثلاثاً في قول الجميع لان الصفة وجدت فاقتضى وقوع الطلاق

والثلاث دفعة واحدة والله أعلم

كان على التراخي سواء في ذلك الاثبات والنفي فـلى هذا إذا قال ان لم أطبقك فأنت طالق ولم ينو وقتا ولم يطلقها كان ذلك على التراخي ولم يحنث بتأخيرها لان كل وقت يمكن أن يفعل ما حلف عليه فلم يفت الوقت فإذا مات أحدهما علمنا حنثه حينئذ لانه لا يمكن إيقاع الطلاق بها بعد موت أحدهما فتبين أنه وقع إذ لم يبق من حياته ما يتسع لنطاقها وبهذا قال ابو حنيفة والشافعي ولا نعلم فيه بين أهل العلم خلافاً، ولو قال ان لم أطلق عمرة فحفصة طالق فأبي الثلاثة مات أولاً وقع الطلاق قبل موته لان تطايقه لحفصة على وجه تنحل به يمينه انما يكون في حياتهم جميعاً وكذلك لو قال ان لم أعق عبدي أو ان لم أضرب فامرأتى طالق وقع بها الطلاق في آخر جزء من حياة أولهم موتاً فأما ان عين وقتنا بلفظه أو بنيته تعين وتعاقت يمينه به

قال أحمد رحمه الله إذا قال ان لم أضرب فلانا فأنت طالق ثلاثاً فهو على ما أراد من ذلك وذلك لان الزمان المحلوف على ترك الفعل فيه تعين بنيته وإرادته فصار كالمصرح به في لفظه فان مبنى الايمان على النية تقول النبي ﷺ إنما لامري ما نوى «

(فصل) ولا يمنع من وطء زوجته قبل فعل ما حلف عليه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي، وقال سعيد بن المسيب والحسن والشعبي ويحيى الانصاري وربيعة ومالك وأبو عبيد لا يبطأ حتى يفعل لان الاصل عدم الفعل ووقوع الطلاق، وروى الأثرم عن أحمد مثل ذلك، وقال الانصاري وربيعة ومالك يضرب له أجل المولي كما لو حلف أن لا يبطأها

(باب الاستثناء في الطلاق)

حكى عن أبي بكر انه لا يصح الاستثناء في الطلاق والمذهب على أنه يصح استثناء ما دون النصف ولا يصح فيما زاد عليه وفي استثناء النصف وجهان

إذا استثنى في الطلاق بلسانه صح استثناءؤه وهو قول جملة أهل العلم قال ابن المنذر اجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا قال لامرأته أنت طالق ثلاثاً الا واحدة أنها تطلق طلقتين منهم الثوري والشافعي وأصحاب الرأي وحكي عن أبي بكر ان الاستثناء لا يؤثر في عدد الطلقات ويجوز في المطلقات فلو قال أنت طالق ثلاثاً الا واحدة وقع الثلاث ولو قال نسائي طوالت الا فلانة لم تطلق لان الطلاق لا يمكن رفعه بعد إيقاعه والاستثناء يرفعه لو صح وما ذكره من التحليل باطل بما يسلمه من الاستثناء في المطلقات وليس الاستثناء رفعاً لما وقع اذ لو كان كذلك لما صح في المطلقات والاعتاق لا في الاقرار ولا في الاخبار وإنما هو مبين أن المستثنى غير مراد في الكلام فهو يمنع أن يدخل فيه ما أولاه لدخل فقوله (فليث فيهم ألف سنة إلا خمسين عاماً) عبارة عن تسعة وخمسين عاماً، وقوله (انني براء مما تعبدون الا الذي فطرني) مقتضاه أنه لم يشتر من الله، فكذلك قوله أنت طالق ثلاثاً الا واحدة عبارة عن اثنتين لا غير، وحرف الاستثناء المستولي عليه إلا ويشبه به أسماء وأفعال وحروف فلا سماً غير

ولنا أنه نكاح صحيح لم يقع فيه طلاق ولا غيره من أسباب التحريم فحل له الوطء فيه كما لو قال إن طاعتك فأنت طالق وقولهم الأصل عدم الفعل ووقوع الطلاق قلنا هذا الأصل لم يقتض وقوع الطلاق فلم يقتض حكمه ولو وقع الطلاق بعد وطئه لم يضر كما لو طلقها ناجزاً وعلى أن الطلاق ههنا إنما يقع في زمن لا يمكن الوطء بعده بخلاف قوله إن وطئتك فأنت طالق

(فصل) إذا كان المعلق طلاقاً بائناً فانت لم يرهما لأن طلاقه أبانها منه فلم يرهما كما لو طلقها ناجزاً عند موتها ، وإن مات ورثته نص عليه أحمد في رواية أبي طالب إذا قال لزوجته أنت طالق ثلاثاً وإن لم أتزوج عليك ومات ولم يتزوج عليها ورثته ، وإن مات لم يرهما وذلك لأنها تطلق في آخر حياتها فأشبهه طلاقه لها في تلك الحال ونحو هذا قال عطاء ويحيى الأنصاري وينتخرج لنا أنها لا ترثه أيضاً وهذا قول سعيد بن المسيب والحسن والشعبي وأبي عبيد لأنه إنما طلقها في صحته وإنما تحقق شرط وقوعه في المرض فلم ترثه كما لو علمته على فعلها ففعلته في مرضه

وقال أبو حنيفة إن حلف إن لم تأت البصرة فأنت طالق فلم تفعل فانهما لا يتوارثان ، وإن قال إن لم آت البصرة فأنت طالق فمات ورثته ، وإن مات لم يرهما لأنه في الأولى علق الطلاق على فعلها فإذا امتنع منه فقد حققت شرط الطلاق فلم ترثه كما لو قال إن دخلت الدار فأنت طالق فدخلتها ، وإذا علقه على فعل نفسه فامتنع كان الطلاق منه فأشبهه ما لو نجزه في الحال ووجه الأول أنه طلاق في

وسوي ، والأفعال ليس وعداً ، والحروف حاشا وخلا ، فبأي كلمة استثنى بها صح الاستثناء (فصل) ولا يصح استثناء الأكثر ، نص عليه أحمد فلو قال أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين وقع ثلاث والأكثر على أن ذلك جائز ، إلا أن أهل العربية إنما أجازوه في القليل من الكثير حي ذلك عن جماعة من أئمة اللغة فإذا قال أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة وقع اثنتان ولو قال إلا اثنتين وقع ثلاث ، وإن قال طالقين إلا طقة ففيه وجهان

[أحدهما] يتم طانة (والثاني) طلقان بناء على صحة استثناء النصف هل يصح أولاً ؟ على وجهين

(مسألة) (وإن قال أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً أو ثلاثاً إلا اثنتين أو خمسا إلا ثلاثاً أو ثلاثاً إلا

ربع طلة طلفت ثلاثاً)

إذا قال أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً وقع ثلاث بغير خلاف لأن الاستثناء لرفع المستثنى منه فلا يصح أن يرفع جميعه وإن قال ثلاثاً إلا اثنتين فعندنا يقع ثلاث بناء على أنه لا يصح استثناء الأكثر وسندكر ذلك والخلاف فيه ودليل كل واحد من القولين في كتاب الإقرار إن شاء الله تعالى وإن قال أنت طالق خمسا إلا ثلاثاً وقع ثلاث لأن الاستثناء إن عاد إلى الخمس فقد استثنى إلا أكثر وإن عاد إلى الثلاث التي بلسكها فقد رفع جميعها وكلاهما لا يصح ، وإن قال خمسا إلا طلة ففيه وجهان [أحدهما] يتم ثلاث لأن الكلام مع الاستثناء كأنه نطق بما عدا المستثنى فكانه قال أنت طالق

مرض موته ففعله ميراثه ولم يمنعها كما لو طلقها ابتداءً ولأن الزوج أخر الطلاق اختياراً منه حتى وقع ماءً لم يلق عليه في مرضه فصار كالباشرة له ، فأما ما ذكر عن أبي حنيفة فحسن إذا كان الفعل مما لا مشقة عليها فيه لأن تركها له كفعلها لما حلف عليها لتركه ، وإن كان مما فيه مشقة فلا ينبغي أن يسقط ميراثها بتركها كما لو حلف عليها لترك ما لا بد لها من فعله ففعله

(فصل) إذا حلف ليفعلن شيئا ولم يعين له وقتاً بل فظه ولا بنيتها فهو على التراخي أيضاً فإن لفظه مطابق بالنسبة إلى الزمان كله فلا يتقيد بدون تقييده ولذلك لما قال الله تعالى في الساعة (قل بلى وربى لتأتينكم) وقال (قل بلى وربى لتبينن ثم لتبينن بما عملتم) ولما قال (لندخلن المسجد الحرام إن شاء الله آمنين) كان ذلك على التراخي فإن الآية أنزلت في نوبة الحديبية في سنة ست وتأخر الفتح إلى سنة ثمان ولذلك روي عن عمر أنه قال : قلت للنبي ﷺ أوليس كنت تحدثنا أنا سنأتي البيت ونطوف به ؟ قال بلى « فأخبرتك أنك آتية العام ؟ » قلت لا قال « فانك آتية وطرف به » وهذا مما لا خلاف فيه لعلمه

(فصل) إذا قال لامرأته أنت طالق اليوم إن لم أطقك اليوم ولم يطلقها طلقاً إذا بقي من اليوم ما لا يتسع لتطبيقها فيه على مقتضى هذه المسئلة وهذا اختيار أبي الخطاب وقول أصحاب الشافعي وحكي القاضي فيها وجهين وهذا ووجه آخر أن الطلاق لا يقع ، وحكي ذلك عن أبي بكر وابن شريح لأن محل الطلاق اليوم ولا يوجد شرط طلاقاً إلا بخروجه فلا يبقى من محل طلاقها ما يقع الطلاق فيه .

أربعا (والثاني) يقع اثنتان ، ذكره القاضي لأن الاستثناء يرجع إلى ما ملأه من الطلقات وما زاد عليها يلغو وقد استثنى واحدة من الثلاث فيصح ويقع طلقان وإن قال ثلاث الأربع طلقة سلفت ثلاثاً لأن الطلقة الناقصة تكمل فتصير ثلاثاً

﴿مسئلة﴾ (وإن قال أنت طالق اثنتين إلا واحدة فعلى وجهين ذكرناهما ، وذلك مبني على صحة استثناء النصف)

وان قال أنت طالق أربعاً إلا اثنتين فعلى الوجهين يصح الاستثناء ويقع طلقان وعلى قول القاضي ينبغي أن لا يصح الاستثناء ويقع ثلاث لأن الاستثناء يرجع إلى الثلاث فيكون استثناء الأربعة

﴿مسئلة﴾ (وإن قال أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين إلا واحدة ، فهل تطلق ثلاثاً أو اثنتين ؟ على وجهين) .

وجملة ذلك أن الاستثناء من الاستثناء لا يصح منه في الطلاق إلا هذه المسئلة فإنه يصح إذا أجزأنا استثناء النصف فيقع به طلقان فإن قيل فكيف أجزم استثناء الثنتين من الثلاث وهي أكثرها ؟ قلنا لأنه لم يسكت عليها بل وصلها بأن استثنى منها طلقة فصارتا عبارة عن واحدة وإن قلنا لا يصح استثناء النصف وقع الثلاث .

ولما أن خروج اليوم يفتر به طلاقها فوجب وقوعه قبله في آخر وقت الامكان كوت أحدهما في اليوم وذلك لأن معنى يمينه أن فأنني طلاقك اليوم فأنت طالق فيه فإذا بقي من اليوم مالا يتسع لتطبيقها فقد فاته طلاقها فيه فوقع حينئذ كما يقع طلاقه في مسئلتنا في آخر حياة أولها مونا وما ذكره بطل بما لو مات أحدهما في اليوم فإن محل طلاقها يفوت بموته ومع ذلك فإن الطلاق يقع قبيل موته كذا ههنا ، ولو قال لها أنت طالق اليوم إن لم أتزوج عليك اليوم أو إن لم أشتري لك اليوم ثوبا ففيه الوجهان والصحيح منهما وقوع الطلاق بها إذا بقي من اليوم مالا يتسع لفعل المحلوف عليه فيه ، وإن قال لها أنت طالق إن لم أطلقك اليوم طلقت بغير خلاف وفي محل وقوعه وجهان :

(أحدهما) في آخر اليوم (والثاني) بعد خروجه ، وإن قال أنت طالق اليوم إن لم أطلقك فهو كقولها أنت طالق اليوم إن لم أطلقك اليوم لأنه جعل عدم طلاقها شرطاً لطلاقها اليوم والشرط يتقدم للمشرط (فصل) وإن قال لعبدته إن لم أبعك اليوم فامرأتي طالق اليوم ولم يبعه حتى خرج اليوم ففيه الوجهان ، وإن أعنت العبد أو مات أو مات الخالف أو المرأة في اليوم طلقت زوجته حينئذ لأنه قد فات بيعه وإن دبره أو كاتبه لم تطلق امرأته لأن بيعه جائز ومن منع بيعها قال يقع الطلاق بذلك كما لو مات وإن وهب العبد لانسان لم يقع الطلاق لأنه يمكن عوده اليه فيبيعه فلم يفوت بيعه ، ولو قال إن لم أبع عبدي فامرأتي طالق ولم يقيده باليوم فكاتب العبد لم يقع الطلاق لأنه يمكن عجزه فلم يعلم فوات البيع فإن عنت بالسكناء أو غيرها وقع الطلاق حينئذ لأنه فات بيعه

(مسألة) (وإن قال أنت طالق ثلاثاً الا ثلاثاً الا واحدة لم يصح ووقع ثلاث)

لأنه إذا استثنى واحدة من ثلاث بقي اثنتان لا يصح استثناءهما من الثلاث الأولى فيقع الثلاث وذكر أبو الخطاب فيها وجهاً آخر أنه يصح لأن الاستثناء الأول يلغو لكونه استثنى الجميع فيرجع قوله الا واحدة الى الثلاث المثبتة فيقع منها طائفتان والأولى أولى لأن الاستثناء من الاثبات نفي ، ومن النفي اثبات ، فإذا استثنى من الثلاث المنفية طائفة كان مثبتاً لها فلا يجوز جعلها من الثلاث المثبتة لأنه يكون اثباتاً من اثبات .

(مسألة) (وإن قال أنت طالق وطالق الا واحدة أو طائفتين وواحدة الا واحدة أو طائفتين

ونصفاً الا واحدة طلقت ثلاثاً ويحتمل أن يقع طائفتان)

في هذه المسائل الثلاث وجهان :

(أحدهما) لا يصح الاستثناء لأن الاستثناء يرفع الجملة الأخيرة بكاملها من غير زيادة عليها فيصير ذكره استثناءها لغواً وكل استثناء أفضى تصحيحه الى الغائه والغاء المستثنى منه بطل كاستثناء الجميع ولان الغاء وحده أولى من الغائه وانفاء غيره ولان الاستثناء يعود الى الجملة الأخيرة في أحد الوجهين فيكون استثناء للجميع

(مسئلة) قال (وان قال كلما لم أطلقك فأنت طالق وقع بها الثلاث في الحال اذا كان مدخولا بها)

انما كان كذلك لان كلما يقتضي التكرار قال الله تعالى (كلما جاء أمة رسولها كذبوه) وقال (كلما دخلت أمة اعنت أختها) فيقتضي تكرار الطلاق تكرار الصفة والصفة عدم تطايقها فاذا مضى بعد يمينه زمن يمكن أن يطلقها فيه فلم يطلقها فقد وجدت الصفة فيقع طلاقه وتبعا للثانية والثالثة إن كانت مدخولا بها ، وان لم تكن مدخولا بها بانت بالاولى ولم يلزمها ما بعدها لان البائن لا يلحقها طلاق فلما اذا قال ان لم أطلقك فأنت طالق أو متى لم أطلقك أو أي وقت لم أطلقك فأنت طالق فانها تطلق واحدة ولا يتكرر الا على قول أبي بكر في متى فانه يراها لتكرار فيتكرر الطلاق بها مثل كلما الا أن متى وأي وقت يقتضيان الطلاق على الفور فمضى زمن يمكن أن يطلقها فيه ولم يطلقها طلقت في الحال وأما اذا ففيها وجهان (أحدهما) هي على الفور لانها امر وقت نهى كنى (والثاني) انها على التراخي لانها كثر استعمالها في الشرط فهي كان فعلى هذا اذا قال اذا لم أطلقك فأنت طالق ولم ينو وقتا لم تطاق الا في آخر جزء من حياة أحدهما ، وان قال متى لم أحلف بطلاقك فأنت طالق أو أي وقت لم أحلف بطلاقك فأنت طالق وكرره ثلاثا متواليات طلقت مرة واحدة لانه لم يحنث في المرة الاولى ولا الثانية لسكونه حلف عقبيهما وحنث

(والوجه الثاني) يصح الاستثناء ويقع طلقان لان العطف بالواو يجعل الجملتين كالجمله الواحدة فيصير مستثنيا واحدة من ثلاث وكذلك لو قال له علي مائة وعشرون الا خمسين صح والاول مذهب أبي حنيفة والشافعي .

(مسئلة) (وان قال أنت طالق واحدة ، واثنين الا واحدة)

فعلى الوجه الثاني يصح الاستثناء ، وعلى الوجه الاول يخرج في صحته وجهان بناء على استثناء النصف فان كان العطف بنفي واو كقوله أنت طالق فطالق أو طالق ثم طالق ثم طالق الاطلاق لم يصح الاستثناء لان هذا حرف يقتضي الترتيب وكون الطلاق الاخرية مفردة عما قبلها فيعود الاستثناء اليها وحدها فلا يصح ، وان قال أنت طالق اثنيتين واثنين الا اثنتين لم يصح لانه ان عاد إلى الجملة الاخرية فهو رفع لجميعها وان عاد الى الثلاث التي يملكها فهو رفع لا كثرها وكلاهما لا يصح ، ويحتمل أن يصح بناء على أن العطف بالواو يجعل الجملتين جملة واحدة وان استثناء النصف يصح فكأنه قال أربعا الا اثنتين فان قال أنت طالق اثنيتين واثنين الا واحدة احتتمل أن يصح لانه استثنى واحدة من ثلاث واحتمل أن لا يصح لانه عاد الى الرابعة فقد بقي بعدها ثلاث ، وان عاد الى الواحدة الباقية من الاثنتين فهو استثناء الجميع .

(فصل) وان قال أنت طالق ثلاثا الا طاقعة وطاقعة وطاقعة ففيه وجهان (أحدهما) يلغوا الاستثناء

في الثالثة وإن سكنت بين كل عشرين سكوتاً يمكنه الخلف فيه طلقت ثلاثاً وإن قال ذلك لمنظرة إذا قلنا هي على الفور فهي كمنى والالم تطلق إلا واحدة في آخر حياة أحدهما

(فصل) والحروف المستعملة للشرط وتعليق الطلاق بها ستة : إن وإذا ومتى ومن وأي وكلما. ففي علق الطلاق بالجماد فعل بواحد منها كان على التراخي مثل قوله إن خرجت وإذا خرجت ومتى خرجت وأي حين وأي زمان وأي وقت خرجت وكلما خرجت ، ومن خرجت منكن وأيكن خرجت فهي طالق فني وجد الخروج طلقت ، وإن مات أحدهما سقطت اليمين . فاما إن علق الطلاق بالنفي برأى من هذه الحروف كانت ان على التراخي ، ومتى وأي ومن وكلما على الفور لان قوله متى دخلت فأنت طالق يقتضي أي زمان دخلت فأنت طالق وذلك شائع في الزمان كله فأني زمن دخلت وجدت الصفة ، وإذا قال متى لم تدخل ففأنت طالق فإذا مضى عقيب اليمين زمن لم يدخل فيه وجدت الصفة فأنها اسم لوقت الفعل فيقدر به ولهذا يصح السؤال به فيقال متى دخلت أي وقت دخلت ، وأما ان فلا تقتضي وقتاً نقوله ان لم تدخل لا يقتضي وقتاً إلا ضرورة أن الفعل لا يقع إلا في وقت فهي مطلقة في الزمان كله وأما إذا ففهي وجهان [أحدهما] هي على التراخي وهو قول أبي حنيفة ونصره القاضي لأنها تستعمل شرطاً بمعنى ان قال الشاعر :

استغن ما أغناك ربك بالغنى وإذا نصبتك خصاصة فتجمل

ويقع ثلاث لان العطف يوجب اشتراك المعطوف مع المعطوف عليه فيصير مستثناً ثلاثاً من ثلاث وهذا وجه لأصحاب الشافعي ، وقال أبو حنيفة والشافعي يصح الاستثناء في طلبة لان استثناء الأقل جائز وإنما لا يصح استثناء الثانية والثالثة فيأغو وحده ، وقال أبو يوسف ومحمد يصح استثناء الثنتين وتلغو الثالثة بناء على أصلهم في ان استثناء الأكثر جائز وهو الوجه الثاني لأصحاب الشافعي ، وإن قال انت طالق طلقين الا طلبة وطلبة ففيه الوجهان ، وإن قال انت طالق ثلاثاً الا طلبة ونصفاً احتمل وجهين أيضاً أحدهما يلغو الاستثناء لان النصف يكمل فيكون مستثناً للاكثر فيلغو والثاني يصح في طلبة فيقع طلقان لما ذكرنا في التي قبلها ، وإن قال انت طالق ثلاثاً الا واحدة والا واحدة كان عاطفا لاستثناء على استثناء فيصح الاول ويلغو الثاني لا تلو صححناه لكان مستثناً للاكثر فيقع به طلقان ، ويجوز على قول من أجاز استثناء الأكثر انه يصح فيها فيقع طلبة واحدة ، وإن قال انت طالق ثلاثاً الا واحدة الا واحدة كان مستثناً من الواحدة المستثناة واحدة فيحتمل ان يلغو الاستثناء الثاني ويصح الاول فيقع به طلقان ويحتمل ان يقع به الثلاث لان الاستثناء الثاني معناه اثبات طلبة في حقها لكون الاستثناء من النفي اثباتاً فيقع ذلك في إيقاع طلاقه وإن لم يقبل في نفيه كما لو طلق طلقين ونصفاً وقع به ثلاث

فجزم بها كما يجزم بان ولانها تستعمل بمعنى متى وان، واذا احتملت الامرين فاليتقين بقاء النكاح فلا يزول بالاحتمال، والوجه الآخر أنها على الفور وهو قول أبي يوسف ومحمد وهو المنصوص عن الشافعي لانها اسم لزمان مستقبل فتكون كمتى، وأما المجازاة بها فلا تخرجها عن موضوعها فإن متى يجازى بها ألا ترى الى قول الشاعر:

متى تأته تعشو الى ضوء ناره تجد خير نار عندها خير موقد

ومن يجازى بها أيضا، وكذلك أي وسائر الحروف وليس في هذه الحروف ما يقتضي التكرار إلا كلاً، وذكر أبو بكر في متى انها تقتضي التكرار أيضا لانها تستعمل للتكرار بدليل قوله

متى تأته تعشو الى ضوء ناره تجد خير نار عندها خير موقد

أي في كل وقت ولانها تستعمل في الشرط والجزاء ومتى وجد الشرط ترتب عليه جزاؤه والصحيح أنها لا تقتضيه لانها اسم لزمان بمعنى أي وقت وبمعنى اذا فلا تقتضي مالا يقتضيه وكونها تستعمل للتكرار في بعض أحيائها لا يمنع استعمالها في غيره، مثل اذا وأي وقت فلهما يستعملان في الامرين قال الله تعالى (واذا رأيت الذين يخوضون في آياتنا فأعرض عنهم * واذا جاءك الذين يؤمنون بآياتنا فقل سلام عليكم * واذا لم تأتهم بآية قالوا لولا اجتبتهم) وقال الشاعر:

قوم اذا الشر أبرى ناجديه لهم ساروا اليه زرافات ووحدانا

﴿مسئلة﴾ (وان قال انت طالق ثلاثا واستثنى بقلبه الا واحدة وقعت الثلاث وان قال نسائي طوالت واستثنى واحدة بقلبه لم تطلق)

وحجة ذلك أن ما يتصل باللفظ من قرينة أو استثناء على ثلاثة اضرب (احدها) مالا يصح نطقا ولا نية وذلك نوعان (احدهما) ما يرفع حكم اللفظ كله مثل ان يقول انت طالق ثلاثا الا ثلاثا وانت طالق طلبة لا تلزمك ولا تقم عليك فهذا لا يصح بلفظه ولا نيته لانه يرفع حكم اللفظ كله فيصير الجميع لغوا فلا يصح هذا في اللغة بالاتفاق واذا كان كذلك سقط الاستثناء والصفة ووقع الطلاق

(الضرب الثاني) ما يقبل لفظا ولا يقبل نية لافي الحكم ولا فيما بينه وبين الله تعالى وهو استثناء الأقل فهذا يصح لفظا لانه من لسان العرب ولا يصح بالنية مثل ان يقول انت طالق ثلاثا واستثنى بقلبه الا واحدة أو أكثر فهذا لا يصح لان العدد نص فيما يتناوله لا يحتمل غيره فلا يرتفع بالنية ما ثبت بنص اللفظ فان اللفظ اقوى من النية ولو نوى بالثلاث اثنتين كان مستعملا للفظ في غير ما يصلح له فوقع مقتضى اللفظ ولغت نيته، وحكى عن بعض الشافعية انه يقبل فيما بينه وبين الله تعالى كما لو قال نسائي طوالت واستثنى بقلبه الا فلانة، والفرق بينهما ان نسائي اسم عام يجوز التعبير به عن بعض ما وضع له وقد استعمل العموم بازاء الخصوص كثيراً فاذا اراد به البعض صح وقوله ثلاثا اسم عدد للثلاث لا يجوز

وكذلك أي وقت وأي زمان فانهما يستعملان للتكرار وسائر الحروف يجازى بها لأنها لما كانت تستعمل للتكرار وغيره لا تحمل على التكرار إلا بدليل كذلك متى

(فصل) وهذه الحروف إذا تقدم جزاؤها عليها لم تحتج إلى حرف في الجزاء كقوله أنت طالق إن دخلت الدار وإن تأخر جزاؤها احتاجت في الجزاء إلى حرف الفاء إذا كان جملة من مبتدأ وخبر كقوله إن دخلت الدار فانت طالق وإنما اختصت بالفاء لأنها لتعقيب قتربط بين الجزاء وشرطه وتدل على تعقيقه به فإن قال إن دخلت الدار فانت طالق لم تطلق حتى تدخل ، وبه قال بعض الشافعية وقال محمد بن الحسن تطلق في الحال لأنه لم يعلقه بدخول الدار لأنه إنما يتعلق بالفاء وهذه لافاء فيها فيكون كلاماً مستأنفاً غير معاق بشرط فيثبت حكمه في الحال

ولما أنه أتى بحرف الشرط فبدل ذلك على أنه أراد التعلق به وإنما حذف الفاء وهي مرادة كما يحذف المبتدأ نارة ويحذف الخبر أخرى لدلالة باقي الكلام على المحذوف، ويجوز أن يكون حذف الفاء على التقديم والتأخير فكأنه أراد أنت طالق إن دخلت الدار فقدم الشرط ومراده التأخير ومهما أمكن حمل كلام العاقل على فائدة ونصيحه عن الفساد وجب وفيما ذكرنا نصحيته وفيما ذكرناه أنه ، وإن قال أردت الإيقاع في الحال وقع لأنه يقر على نفسه بما هو أغظ ، وإن قال أنت طالق وإن دخلت الدار وقع الطلاق في الحال لأن معناه أنت طالق في كل حال ولا يمنع من ذلك دخولك الدار كقول

التميز به عن عدد غيرها ولا يحتمل سواها بوجه فإذا أراد بذلك اثنتين فقد أراد باللفظ ما لا يحتمله وإنما تعمل النية في صرف اللفظ المحتمل إلى أحد محتملاته فاما ما لا يحتمل فلا فانه لو عملنا بها فيما لا يحتمل كان عملاً بمجرد النية وبمجرد النية لا يعمل في نكاح ولا طلاق ولا بيع ، ولو قال نسائي الأربع طالق أو قال لهن أربع طالق واستثنى بعضهن بالنية لم يقبل على قياس ما ذكرناه ولا يدين فيه لأنه عنى باللفظ ما لا يحتمله

(الضرب الثالث) ما يصح نطقاً وإذا نواه دين فيما بينه وبين الله تعالى وذلك مثل تخصيص العام واستعمال اللفظ في مجازه مثل قوله نسائي طالق يريد بعضهن أو ينوي بقوله طالق أي من وثاق فهذا يقبل إذا كان لفظاً واحداً لأنه وصل كلامه بما بين به مراده وإن كان بنيته قبل منه فيما بينه وبين الله تعالى لأنه أراد تخصيص اللفظ العام واستعماله في الخصوص وهذا سائغ في الكلام فلا يمنع من استعماله والتسليم به ويكون اللفظ بنيته منصرفاً إلى ما اراده دون ما لم يرده وهل يقبل ذلك في الحكم ؟ يخرج على روايتين (أحدهما) يقبل لأنه فسر كلامه بما لا يحتمله فصح كما لو قال أنت طالق أنت طالق وأراد بالثانية أفهامها

(والثانية) لا يقبل لأنه خلاف الظاهر وهو مذهب الشافعي والاول أولى إن شاء الله تعالى لأن

النبي ﷺ « من قال لا إله إلا الله دخل الجنة وإن زنى وإن سرق » وقال « صلهم وإن قطعوك وءطهم وإن حرموك » وإن قال أردت الشرط دين وهل يقبل في الحكم ؟ يخرج على روايتين ، فإذا قال إن دخلت الدار فأنت طالق وإن دخلت الأخرى ففي دخلت الأولى طأقت سواء دخلت الأخرى أو لم تدخل ولا تطاق بدخول الأخرى

وقال ابن الصباغ تطاق بدخول كل واحدة منها وقد ذكرنا أن مقتضى اللغة ما قلناه ، وإن قال أردت جعل الثاني شرطا لطلاقها أيضا طلقت بكل واحد منها لأنه يقر على نفسه بما هو أغلظ ، وإن قال أردت أن دخول الثانية شرط لطلاق الثانية فهو على ما أراده ، وإن قال أنت طالق إن دخلت الدار وإن دخلت الأخرى طأقت بدخول أحدهما لأنه عطف شرطا على شرط ، فإن قال أردت أن دخول الثانية يمنع وقوع الطلاق قبل منه لأنه محتمل وطأقت بدخول الأولى وحدها ، وإن قال إن دخلت الدار وإن دخلت هذه الأخرى فأنت طالق فقد قيل لا تطاق إلا بدخولها لأنه جعل طلاقها جزاء لهذين الشرطين وبمحتمل أن تطاق بأحدهما أيهما كان لأنه ذكر شرطين بحر فبن فية تضي كل واحد منهما جزاء فترك ذكر جزاء الأول وكان الجزاء الآخر دالا عليه كما لو قل ضربت وضربني زيد قال الفرزدق

ولكن نصفاً لو سببت وسبني بنو عبد شمس من قريش وهاشم

أكثر نصوص القرآن العامة أريد بها الخصوص ، ومن شرط هذا أن تكون النية مقارنة للفظ وهو أن يقول نسائي طوالق يقصد بهذا اللفظ بعضهم فأما أن كانت متأخرة عن اللفظ مثل أن قال نسائي طوالق ثم بعد فراغه نوى بلفظه بعضهم لم تنفعه النية ووقع الطلاق بجميعهم وكذلك لو طلق نساءه ونوى بعد طلاقهن أي من وثاقى لزمه الطلاق لأنه مقتضى اللفظ والنية إلا أن خبره نية لالفظ معها فلا تعمل ، ومن هذا الضرب تخصيص حال دون حال مثل أن يقول أنت طالق ثم يصله بشرط أو صفة مثل قوله إن دخلت الدار أو بعد شهر أو قال إن دخلت الدار بعد شهر فهذا يصح إذا كان نطقاً بغير خلاف وإن نواه ولم يلفظ به دين ، وهل يقبل في الحكم ؟ يخرج على روايتين

قال أحمد في رواية إسحاق بن إبراهيم فيمن حلف لا تدخل الدار وقال نويت شهراً يقبل منه أو قال إذا دخلت دار فلان فأنت طالق ونوى تلك الساعة وذلك اليوم قبأت نيته والرواية الأخرى لا يقبل فإنه قال إذا قال لامرأته أنت طالق ونوى في قلبه إلى سنة فطلق ليس ينظر إلى نيته وقال إذا قال أنت طالق وقال نويت أن دخلت الدار لا يصدق ، ويمكن الجمع بين هاتين الروايتين بأن يحمل قوله في عدم القبول على الحكم فلا يكون بينهما اختلاف ، والفرق بين هذه الصورة والتي قبلها أن إرادة الخاص بالامام شائع كثير وإرادة الشرط من غير ذكره غير شائع فهو قريب من الاستثناء ويمكن أن يقال هذا كله من جملة التخصيص

والنقدير سبني هؤلاء وسببتهم ، وقال الله تعالى (عن اليمين وعن الشمال قعيد) أي عن اليمين قعيد وعن الشمال قعيد ، وإن قال ان دخلت الدار وأنت طالق طأقت لان الواو ليست للجزاء وقد تكون للابتداء فان قال أردت بها الجزاء أو قال أردت أن أجعل دخولها في حال كونها طالقا شرطا لشيء ثم أمسكت دين ، وهل يقبل في الحكم ؟ يخرج على روايتين ، وان جعل لهذا جزاء فقال ان دخلت الدار وأنت طالق فعبدني حر صح ولم يعتق العبد حتى تدخل الدار وهي طالق لان الواو هنا للحال كقول الله تعالى (لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم - وقوله - فقد رأيتموه وأنتم تنظرون) ولو قال أنت طالق ان دخلت الدار طالقا فدخلت وهي طالق طأقت أخرى ، وان دخلتها غير طالق لم تطلق لان هذا حال فجرى مجرى قوله أنت طالق ان دخلت الدار راكبة ، وان قال أنت طالق لو قت كان ذلك شرطا بمنزلة قوله ان قت وهذا يحكي عن أبي يوسف ، ولأنها لو لم تكن للشرط كانت لغوا والاصل اعتبار كلام المكلف ، وقيل يقع الطلاق في الحال وهذا قول بعض أصحاب الشافعي لأنها بعد الاثبات تستعمل لغير المنع كقوله تعالى (وانه انقسم لو تعلمون عظيم - ورأوا العذاب لو أنهم كانوا يهتدون) وان قال أردت أن أجعل لها جوابا دين وهل يقبل في الحكم ؟ يخرج على روايتين

(فصل) فان قال ان أ كأت ولبست فأنت طالق لم تطلق إلا بوجودها جميعا سواء تقدم الأكل أو تأخر لان الواو للعطف ولا تقتضي ترتيبا ، وان قال ان أ كأت أو لبست فأنت طالق طأقت بوجود أحدهما لان أول أحد الشئيين وكذلك ان قال ان أ كأت أو إن لبست أولا أ كأت ولا لبست وإن قال أنت طالق لا أ كأت ولبست لم تطلق إلا بفعلها إلا على الرواية التي تقول يحنث بفعل بعض المحلوف عليه فإنه يحنث بأحدهما ههنا ، وان قال أنت طالق ان أ كأت فلبست أو ان

(فصل) اذا قالت له امرأة من نسائه طلقني فقال نسائي طواق ولا نية له طلقن كلهن بغير خلاف لان لفظه عام وان قالت له طلق نسائك فقال نسائي طواق فكذلك وحكي عن مالك ان السائلة لا تطلق في هذه الصورة لان الخطاب يقصر على ضيقه الخاص وسببه سؤال طلاق من سواها

ولنا ان اللفظ عام فيها ولم يرد به غير مقتضاء فوجب العمل بعمومه كالصورة الاولى والعمل بعموم اللفظ أولى من خصوص السبب لان ذلك الحكم هو للفظ فيجب اتباعه والعمل بمقتضاء في خصوصه وعمومه ، وكذلك لو كان اخص من السبب لوجب قصره على خصوصه واتباع صفة اللفظ دون صفة السبب ، فأما ان اخرج السائلة بنيت دين فيما بينه وبين الله تعالى في صورتين وقيل في الحكم وقيل في الصورة الثانية لان خصوص السبب دليل على نيته ولم يقبل في الصورة الاولى قاله ابن حامد لان طلاقه جواب لسؤالها الطلاق لنفسها فلا يصدق في صرفه عنها لانه يخالف الظاهر من وجهين ولأنها سبب الطلاق وسبب الحكم لا يجوز اخراجه من العموم بالتخصيص وقال القاضي يحتمل ان لا تطلق لان لفظه عام والعام يحتمل التخصيص

أكلت ثم لبست لم تطاق حتي أكل ثم لبس لأن الفاء، وتم الترتيب، وإن قال أنت طالق إن أكلت إذا لبست أو إن أكلت متى لبست أو إن أكلت إن لبست لم تطاق حتي لبس ثم نأكل لأن اللفظ اقتضى تعليق الطلاق بالآكل بعد اللبس ويسمي هذا النوع من الاعتراض الشرط على الشرط فيقتضي تقديم المتأخر وتأخير المتقدم لأنه جعل الثاني في اللفظ شرطاً للذي قبله، والشرط بتقديم المشروط قال الله تعالى (ولا ينفعكم نصحي إن أردت أن أنصح لكم إن كان الله يريد أن يغويكم) فلو قال لامرأته إن أعطيتك إن وعدتك إن سألتني فأنت طالق لم تطاق حتي تسأله ثم يعدها ثم يعطيها لأنه شرط في العطاية الوعد وفي الوعد السؤال فكانه قال إن سألتني فوعدتك فأعطيتك فأنت طالق وبهذا قول أبو حنيفة والشافعي، وقال القاضي إذا كان الشرط إذا كقولنا وفيما إذا كان بان مثل قوله إن شربت إن أكلت أنها تطاق بوجودها كقوله إذا كان الشرط بما إذا كان الشرط باذا، والصحيح الأول وليس لأهل العرف في هذا عرف بما يعرفه أهل العرف بخلاف ما إذا كان الشرط باذا، والصحيح الأول وليس لأهل العرف في هذا عرف فان هذا الكلام غير متداول بينهم ولا ينطعون به إلا نادراً فيجب الرجوع فيه إلى مقتضاه عند أهل الشأن (١) كسائر مسائل هذا الفصل

(١) في نسخة
عند أهل اللسان

(فصل) فإن قال أنت طالق أن قت بفتح الهزة قال أبو بكر تطاق في الحال لأن أزال المفتوحة

﴿باب الطلاق في الماضي والمستقبل﴾

﴿مسألة﴾ (إذا قال لزوجته أنت طالق أمس أو قبل أن أنكحك ينوي الإيقاع وقع في الحال) لأنه يقر على نفسه بما هو أغلاظ

﴿مسألة﴾ (وإن لم ينو لم يقع في ظاهر كلامه)

فروي عنه فيمن قال لزوجته أنت طالق أمس وإنما تزوجها اليوم ليس بشيء وهذا قول أبي بكر وقال القاضي في بعض كتبه يقع الطلاق وهو مذهب الشافعي لأنه وصف المطلقة بما لا تصف به فقلت انصفة ووقع الطلاق كما لو قال لمن لا سنة لها ولا بدعة أنت طالق للسنة أو قال أنت طالق طائفة لا تتركك، ووجه الأول أن الطلاق رفع للاستباحة ولا يمكن رفعها في الزمن الماضي فلم يقع كما لو قال أنت طالق قبل قدوم زيد بيومين فقدم اليوم فإن أصحابنا لم يختلفوا في أن الطلاق لا يقع وهو قول أصحاب الشافعي وهذا طلاق في زمن ماضٍ ولأنه علق الطلاق بمستحيل فلغا كما لو قال أنت طالق إن قلبت الحجر ذهباً، والحكم في قوله أنت طالق قبل أن تزوجك كما إذا قال أنت طالق أمس

﴿مسألة﴾ (وحكي عن أبي بكر أنه يقع إذا قال قبل أن تزوجك ولا يقع إذا قال أنت طالق أمس) قال القاضي ورأيت بخط أبي بكر في جزء مفرد أنه قال إذا قال أنت طالق قبل أن تزوجك طلقت ولو قال أنت طالق أمس لم يقع لأن أمس لا يمكن وقوع الطلاق فيه وقبل تزوجها متصور

ليست للشرط وإنما هي لتعلييل فمعناه أنت طالق لأنك قت أو أقيامك كقول الله تعالى (يمنون عليك أن أسلموا) — وتخرج الجبال هدأ أن دعوا لرحمن ولدأ — وتخرجون الرسول وأياكم أن تؤمنوا بالله ربكم) وقال القاضي: قياس قول أحمد أنه إن كان نحوياً وقع طلاقه وإن لم يكن نحوياً نهي للشرط لأن العامي لا يريد بذلك إلا الشرط ولا يعرف أن مقتضاها التعلييل فلا يريد به فلا يثبت له حكم ما لا يعرفه ولا يريد به كما لو نطق بكلمة الطلاق بلسان لا يعرفه. وحكي عن ابن حامد أنه قال في النهوي أيضاً لا يقع طلاقه بذلك إلا أن ينويه لأن الطلاق يحمل على العرف في حقها جميعاً

واختلف أصحاب الشافعي على ثلاثة أوجه (أحدها) يقع طلاقه في الحال (والثاني) يكون شرطاً في حق العامي وتعليلاً في حق النهوي (والثالث) يقع الطلاق إلا أن لا يكون من أهل الأعراب فيقول أردت الشرط فيقبل لأنه لا يجوز صرف الكلام عما يقتضيه إلا بقصد

وإن قال أنت طالق إذ دخلت الدار طلقت في الحال لأن إذ للماضي، ويحتمل أن لا يقع لأن الطلاق لا يقع في زمن ماض فأشبهه قوله أنت طالق أمس

(فصل) وإذا علق الطلاق بشرطين لم يقع قبل وجودهما جميعاً في قول عامة أهل العلم. وخرج القاضي وجهاً في وقوعه بوجود أحدهما بناءً على إحدى الروايتين فيمن حلف أن لا يفعل شيئاً ففعل

الوجود فإنه يمكن أن يتزوجها ثانياً وهذا الوقت قبله فوقع في الحال كما لو قال أنت طالق قبل قدوم زيد **مسئلة** (وإذا قال أردت أن زوجاً قبلي طلقها أو طلقها أنا في نكاح قبل هذا قبل منه إذا احتل الصدق في ظاهر كلام أحمد)

إذا أراد الأخبار أنه كان طلقها هو أو زوج قبله في ذلك الزمان الذي ذكره وكان قد وجد ذلك قبل منه ذكره أبو الخطاب وقال القاضي يقبل على ظاهر كلام أحمد لأنه فسر بما يحتمله وإن أراد أني كنت طلقك أمس فكذبته ازمتها الطلقة وأياها العدة من يومها لأنها اعترفت أن أمس لم يكن من عدتها **مسئلة** (فإن مات أو جن أو خرس قبل العلم بمراده فهل تطلق؟ على وجهين)

بناءً على اختلاف القولين في المطلق إن قلنا لا يقع به شيء لم يلزمه ههنا شيء وإن قلنا بوقوعه ثم وقع ههنا **مسئلة** (وإن قال أنت طالق قبل قدوم زيد بشهر فقدم قبل مضي شهر لم تطلق بغير خلاف من أصحابنا)

وهو قول أكثر أصحاب الشافعي لأنه تعليق للطلاق على صفة كان وجودها ممكناً فوجب اعتبارها وإن قدم زيد مع مضي الشهر لم تطلق لأنه لا بد من جزء يقع الطلاق فيه

مسئلة (وإن قدم بعد شهر وجزء يقع الطلاق فيه تبيناً وقوعه فيه لأنه إيقاع للطلاق بعد عده)

وهذا قال الشافعي وزفر وقال أبو حنيفة وصاحبا يقع عند قدومه لأنه جعل الشهر شرطاً لوقوع

الطلاق فلا يسبق الطلاق شرطه

بعضه وهذا بعيد جداً يخالف الاصول ، ومقتضى اللغة والعرف وعادة أهل العلم فإنه لا خلاف بينهم في المسائل التي ذكرناها في الشرطين جميعاً ، وإذا اتفق العلماء على أنه لا يقع طلاقه لا خلافاً بالترتيب في الشرطين المرتبين في مثل قوله إن أكملت ثم أبست فلا خلافاً بالشرط كله أولى . ثم يلزم على هذا ما لو قال ان أعطيتني درهمين فانت طالق وإذا مضى شهران فانت طالق فإنه لا خلاف في أنها لا تطلق قبل وجودهما جميعاً وكان قوله يقتضي أن يقع الطلاق بأعطائه بعض درهم ومضى بعض يوم ، وأصول الشرع تشهد بأن الحكم للعاق بشرطين لا يثبت إلا بهما

وقد نص أحمد على أنه إذا قال ان حضت حيضة فانت طالق وإذا قال إذا صمت يوماً فانت طالق أنها لا تطلق حتى تحيض حيضة كاملة وإذا غابت الشمس من اليوم الذي تصوم فيه طالت ، وأما اليمين فإنه متى كان في لفظه أو نيته ما يقتضي جميع المحلوف عليه لم يحنث إلا بفعل جميعه ، وفي مسئلتنا ما يقتضي تعليق الطلاق بالشرطين معا لتصريحه بهما وجهها شرطاً لطلاق والحكم لا يثبت بدون شرطه على أن اليمين مقتضاها المنع مما حلف عليه فيقتضي المنع من فعل جميعه لنهي الشارع عن شيء يقتضي المنع من كل جزء منه كما يقتضي المنع من جملته ، وما علق على شرط جعل جزاءً وحكماً له والجزاء لا يوجد بدون شرطه ، والحكم لا يتحقق قبل تمام شرطه لغة وعرفاً وشرعاً

ولنا أنه أوقع الطلاق في زمن على صفة فاذا حصلت الصفة وقع فيه كما لو قال أنت طالق قبل شهر رمضان بشهر أو قبل موتك بشهر فإن أبا حنيفة خاصة يسلم ذلك ولا نسلم أنه جعل الشهر شرطاً وليس فيه حرف الشرط

(مسئلة) (وإن خالعا بعد اليمين بيوم وكان الطلاق بائناً ثم قدم بعد الشهر بيومين صح الخلع وبطل الطلاق) لأنه صادفها بائناً وإن قدم بعد شهر وساعة وقع الطلاق دون الخلع ولها الرجوع بالعوض إلا أن يكون الطلاق رجعياً لأن الرجعية يصح خلعها

(فصل) فإن مات أحدهما بعد عقد الصفة بيومين ثم قدم زيد بعد شهر وساعة من حين عقد الصفة لم يرث أحدهما الآخر لانا تبيننا أن الطلاق قد كان وقع قبل موت الميت منهما فلم يرثه صاحبه إلا أن يكون الطلاق رجعياً فإنه لا يقطع التوارث ما دامت في العدة فإن قدم بعد الموت بشهر وساعة تبيننا أن الفرقه وقعت بالموت ولم تقع بالطلاق ، فإن قال أنت طالق قبل موتي بشهر فمات أحدهما قبل مضي شهر لم يقع طلاق لان الطلاق لا يقع في الماضي وإن مات بعد عقد اليمين بشهر وساعة تبيننا وقوع الطلاق في تلك الساعة ولم يتوارثا إلا أن يكون الطلاق رجعياً وموت في عدتها

(مسئلة) (وان قال أنت طالق قبل موتي طلقت في الحال)

لان ما قبل موته من حين عقد الصفة محل للطلاق فوقع لاوله ، وان قال قبل موتك أو موت زيد فكذلك وان قال أنت طالق قبيل موتي أو قبيل قدوم زيد لم يقع في الحال وإنما يقع ذلك في الجزء الذي

﴿ فصول في تعليق الطلاق ﴾

إذا قال لامرأته ان حضت فأنت طالق فقالت قد حضت فصديقها طاعت وان كذبها ففيه روايتان (احدهما) يقبل قولها لأنها أمينة على نفسها وهذا قول أبي حنيفة والشافعي وهو ظاهر المذهب لان الله تعالى قال (ولا يحل لمن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن) قيل هو الحيض والحمل ولولا أن قولها فيه مقبول لما حرم عليها كتمانها وصار هذا كما قال الله تعالى (ولا تكتمن الشهادة) لما حرم كتمانها دل على قبولها كذا ههنا ، ولأنه معنى فيها لا يعرف إلا من جهتها فوجب الرجوع الى قولها فيه كتمنا ، عدتها (والرواية الثانية) لا يتبل قولها ويختبرها النساء ، بادخال قطنة في الفرج في الزمان الذي ادعت الحيض فيه فان ظهر الدم فهي حائض والا فلا ، قال احمد في رواية مهنا في رجل قال لامرأته اذا حضت فأنت طالق وعبدتي حر قالت قد حضت ينظر اليها النساء ، فتعطى قطعة وتخرجها فان خرج الدم فهي حائض تطلق ويعتق العبد ، وقال أبو بكر وبهذا أقول وهذا لان الحيض يمكن التوصل إلى معرفته من غيرها فلم يقبل فيه مجرد قولها كدخول الدار والاول المذهب وامل أحمد انما اعتبر البيعة في هذه الرواية من أجل عتق العبد فان قولها انما يقبل في حق نفسها دون غيرها وعمل يعتبر بينهما اذا قلنا القول قولها ؟ على وجهين بناء على ما إذا ادعت أن زوجها طلقها فأنكرها ولا يقبل قولها إلا في حق

عليه الموت لان ذلك تصغير يقتضي الجزء الصغير الذي يبقى وان قال أنت طالق قبل قدوم زيد أو قبل دخولك الدار فقال القاضي تطلق في الحال سواء قدم زيد أو لم يقدم بدليل قول الله تعالى (يا أيها الذين أتوا الكتاب آمنوا بما نزلنا مصدقا لما معكم من قبل أن نطمس وجوها فنردها على أدبارها) ولم يوجد الطمس في المأمورين ولو قال لغلामه اسقيني قبل أن أضربك فسقاء في الحال عد بمثلا وان لم يضربه وان قال أنت طالق قبل موت زيد وعمرو بشهر فقال القاضي تتعلق الصفة بأولهما وموتا لان اعتباراه بالتأني يفضي الى وقوعه بعد موت الاول واعتباره بالاول لا يفضي الى ذلك فكان أولى (مسألة) (وان قال أنت طالق بعد موتي او مع موتي لم تطلق نص عليه احمد)

وكذلك ان قال بعد موتك او مع موتك وبه قال الشافعي ولا نعلم فيه مخالفا لأنها تبين بموت احدهما فلا يصادف الطلاق نكاحا يزيله

(مسألة) (وان تزوج امة ابيه ثم قال اذا مات ابي او اشتريتك فأنت طالق فأت ابوه او اشتراها لم يقع الطلاق)

اختاره القاضي لانه بالموت والشرء يملكها فينفخ نكاحها بالملك وهو زمن الطلاق فلم يقع كما لو قال انت طالق مع موتي ويحتمل ان تطلق اختاره ابو الخطاب لان الموت سبب ملكها وطلاقها

نفسها خاصة دون غيرها من طلاق أخرى أو عتق عبد نص عليه أحد في رجل قال لامرأته إذا حضت فأنت طالق وهذه معك لامرأته الأخرى قالت قد حضت من ساعتها أو بعد ساعة نطلق هي ولا تطلق هذه حتى تعلم لأنها مؤمنة على نفسها ولا يحمل طلاق هذه بيدها وهذا مذهب الشافعي وغيره لأنها مؤمنة في حق نفسها دون غيرها فصارت كالمودع يقبل قوله في الرد على المودع دون غيره ولو قال قد حضت فأنكرته طاعت باقراره ، وإن قال ان حضت فأنت وضرتك طاعتان فقالت قد حضت فصديقها طاعتا باقراره ، وإن كذبها طاعت وحدها ، وإن ادعت الضرة أنها قد حاضت لم يقبل لأن معرفتها بحيض غيرها كعرفة الزوج به وإنما انتمت على نفسها في حيضها ، وإن قال قد حضت فأنكرت طاعتا باقراره ، ولو قال لامرأته ان حضتها فأتين طاعتان فقالنا قد حضتا فصديقهما طاعتان وإن كذبهما لم تطلق واحدة منهما لأن طلاق كل واحدة منهما معلق على شرطين حيضها وحيض ضررتها ولا يقبل قول ضررتها عليها فلم يوجد الشرطان ، وإن صدق أحدهما وكذب الأخرى طاعت المسكوبة وحدها لأن قولها مقبول في حتمها وقد صدق الزوج ضررتها فوجد الشرطان في طلاقها ولم تطلق المصدقة لأن قول ضررتها غير مقبول في حتمها وما صدقها الزوج فلم يوجد شرط طلاقها

(فصل) فإن قال لاربعم إن حضت فأتين طواق فقلن قد حضنا فصديقن طلقن وإن كذبهن لم تطلق واحدة منهن لأن شرط طلاقهن حيض الأربع ولم يوجد ، وإن صدق واحدة أو اثنتين لم تطلق

وفسخ النكاح يترتب على الملك فيوجد الطلاق في زمن الملك السابق على الفسخ فيثبت حكمه وهذا أظهر إن شاء الله تعالى .

(فصل) وإن قال الأب إذا مت فأنت حرة وقال الابن إذا مات أبي فأنت طالق وكانت تخرج من الثلث فكذلك لأن بعضها ينقل إلى الورثة فيملك الابن جزءاً منها فيفسخ به النكاح فيكون ذلك جميعها في فسخ النكاح ومنع وقوع الطلاق فإن أجاز الورثة عتقها فذكر بعض أهل العلم أن هذا ينبغي على الإجازة هل هي تنفيذ أو عطية مبتدأة ؟ فإن قلنا هي عطية مبتدأة فقد انفسخ النكاح قبلها فلم يقع الطلاق وإن قلنا هي تنفيذ لما فعل السيد وقع الطلاق وكذلك إن أجاز الزوج وحده عتق ابنه فإن كان على الأب دين يستغرق تركته لم يعتق . قال شيخنا والصحيح أن ذلك لا يمنع نقل التركة إلى الورثة فهو كما لو لم يكن عليه دين في فسخ النكاح فإن كان الدين لا يستغرق التركة وكانت تخرج من الثلث بعد أداء الدين عتقت وطلقت وإن لم تخرج من الثلث لم تعتق كلها فيكون حكمها في فسخ النكاح ومنع الدين كما لو استغرق الدين التركة وإن اسقط الغريم الدين بعد الموت لم يقع الطلاق لأن النكاح انفسخ قبل إسقاطه .

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (وإن قال أنت طالق لأشربن الماء الذي في الكوز ولا ماء

واحدة، منهن لانه لم يوجد الشرط، وإن صدق ثلثا طلقت المكذبة وحدها لان قولها مقبول في حيضها وقد صدق الزوج صراحيا فوجد حيض الاربع في حقها فطلقت ولا يطلق المصدقات لان قول المكذبة غير مقبول في حقهن

(فصل) وان قل لمن كلما حاضت احداكن أو أيتكن حاضت فضررتها طواق قد حضا فصدقن طلقت كل واحدة منهن ثلاثا ثلاثا، وإن كذبهن لم تطلق واحدة منهن، وإن صدق واحدة طلقت كل واحدة من ضرائرها طقة طقة ولم تطلق هي لانه لم يثبت حيض ضرة لها وإن صدق اثنتين طلقت كل واحدة من المصدوقين طقة طقة لان لكل واحدة منهما ضرة مسدقة وطلقت كل واحدة من المكذبتين طقتين طقتين، وإن صدق ثلاثا طلقت المكذبة ثلاثا وطلقت كل واحدة من المصدقات طقتين طقتين

(فصل) اذا قل لظاهر اذا حضت فأنت طالق فرأت الدم في وقت يمكن أن يكون حيضا حكمنا بوقوع الطلاق كما يحكم بكونه حيضا في المنع من الصلاة وغيرها مما يمنع من الحيض، وإن بان أنه ليس بحيض لا نقطعه لادون أقل الحيض بان أن الطلاق لم يقع وبهذا قال الثوري والشافعي وأصحاب الرأي قل ابن المنذر لانه لم أحداً قال غير ذلك إلا ما لكا فان ابن القاسم روى عنه أنه يحنث حين تسكلم به وقد سبق الكلام معه في هذا، وإن قل لحائض اذا حضت فأنت طالق لم تطلق حتى تطهر ثم تحيض

فيه أو لاقتلن فلانا الميت أو لا صعدن السماء أو لا طيرن أو إن لم اصعد السماء ونحوه طلقت في الحال وقال ابو الحنبل في موضع لا تمقد يمينه

وجملة ذلك انه قد استعمل الطلاق والعناق استعمال القسم وجعل جواب القسم جوابا له فاذا قال أنت طالق لا قومن وقام لم تطلق امرأته فان لم يقم في الوقت الذي عينه حنث هذا قول اكثر اهل العلم منهم سعيد بن المسيب وأحسن وعطاء والزهري وسعيد بن جبير والشعبي والثوري وأصحاب الرأي وقال شريح يقع طلاقه وإن قام لانه طلق طلاقا غير معلق بشرط فوقع كما لو لم يقم

ولنا انه حلف برفيه فلم يحنث كما أو حلف بالله تعالى وإن قال أنت طالق إن أخاك لعاقل وكان أخوها عاقلا لم يحنث وإن لم يكن عاقلا حنث كما لو قال والله إن أخاك لعاقل وإن شك في عقله لم يقع الطلاق لان الادل بقاء النكاح فلا يزول بالشك وإن قال أنت طالق لا أكلت هذا الرغيف فأكله حنث والا فلا وإن قال أنت طالق ما أكلته لم يحنث إن كان صادقا ويحنث إن كان كاذبا كما لو قال والله ما أكلته وإن قال أنت طالق لولا أبوك لطلعتك وكان صادقا لم تطلق وإن كان كاذبا لم تطلق ولو قال إن حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم قال أنت طالق لا كرمك طلقت في الحال ولو قال إن حلفت بعقبي فأنت طالق ثم قال عبدي حر لا قومن طلقت المرأة وإن قال إن حلفت بعقبي فأنت طالق لقد صمت أمس عتق العبد

ولو قال لظاهر إذا تطهرت فأنت طالق لم تطاق حتى تحيض ثم تطهر وهذا يحكى عن أبي يوسف
وقال بعض أصحاب الشافعي الذي يقتضيه مذهب الشافعي أنها تطاق بما يتجدد من حيضها وطهرها
في المستثنين لانه قد وجد منها الحيض والطهر فوقع الطلاق لوجود صفة
ولنا أن إذا اسم زمن مستقبل يقتضي فعلا مستقبلا وهذا الحيض والطهر مستدام غير متجدد
ولا يفهم من اطلاق حاضت المرأة وطهرت إلا ابتداء ذلك فتعاقبت الصفة به ، ولو قال لظاهر إذا
حضت حيضة فأنت طالق لم تطاق حتى تحيض ثم تطهر نص عليه أحمد لانه لا توجد حيضة كاملة إلا
بذلك ، ولو قال لحائض إذا طهرت فأنت طالق طاعت بأول الطهر وتطابق في الموضعين باق طاع دم
الحيض قبل الغسل نص عليه أحمد في رواية إبراهيم الحربي ، وذكر أبو بكر في التنبيه فيها قولاً بأنها
لا تطاق حتى تغتسل بنا . على أن العدة لا تقتضي باق طاع الدم حتى تغتسل
ولنا أن الله تعالى قال (ولا تقر بوهن حتى يطهرن) أي يقطع دهن (فإذا تطهرن) أي اغتسلن
ولانه قد ثبت لها أحكام الطهرات في وجوب الصلاة وصحة الطهارة والصيام وأما باقي بعض الأحكام
موقوف على وجود الغسل ولانها ليست حائضا فيلزم أن تكون طامراً لانها ضدان على التعمين فيلزم
من انتفاء أحدهما وجود الآخر

(فصل) فإن قال لها إذا حضت حيضة فأنت طالق وإذا حضت حيضتين فأنت طالق فعاضت

رجعنا إلى مسائل الكتاب وهو ما إذا علقه على مستحيل كقوله أنت طالق لا شرب الماء الذي
في الكوز ولا ماء فيه أو لاقتل الميت وقع الطلاق في الحال كما لو قال أنت طالق أو لم أبع عبدي
فمات العبد ولانه علق الطلاق على نفي فعل مستحيل وعدمه معلوم في الحال وفي الثاني وقوع الطلاق
لما ذكرناه وكذلك قوله أنت طالق لا صعدن السماء أو لا طيرن أو إن لم أصد السماء أو أطينن وذكر
أبو الخطاب عن القاضي أنه لا تنعقد يمينه والصحيح أنه يحنث فإن الحالف على فعل الممتنع كاذب حانث
قال الله تعالى (وأقسموا بالله جهد أيمانهم لا يبعث الله من يموت) إلى قوله (وليعلم الذين كفروا أنهم
كانوا كاذبين) ولانه لو حلف على فعل متصور فصارت تمتعاً حانث بذلك فلا يحنث بكونه تمتعاً حال يمينه أولى
﴿ مسألة ﴾ (وإن قال أنت طالق إن شربت ماء الكوز ولا ماء فيه وإن صعدت السماء أو إن شاء
الميت أو البهيمة لم تطلق في أحد الوجهين وتطلق في الآخر)

إذا علق الطلاق على فعل مستحيل كالذي ذكرناه ونحوه كقوله ان جمعت بين الضدين أو كان
الواحد أكثر من اثنين وسواء كان مستحيلاً عقلاً أو عادة كقوله ان طرت أو صعدت السماء أو قلبت
الحجر ذهباً أو شربت ماء النهر كله أو حمات الحيل ففيه وجهان : (أحدهما) يقع الطلاق في الحال
لانه أردف الطلاق بما يرفع جملته ويمنع وقوعه في الحال وفي الثاني فلم يصح كاستثناء الكل وكما لو قال
أنت طالق طلقة لا تقع عليك (والثاني) لا يقع ، وهو الصحيح ، ولانه علق الطلاق بصفة لم توجد

حيضة طأقت واحدة ، فاذا حاضت الثانية طأقت الثانية عند طهرها منها ، وان قال اذا حضت حيضة فأنت طالق ثم اذا حضت حيضتين فأنت طالق لم تطلق الثانية حتى تطهر من الحيضة الثالثة لان ثم للترتيب فتنقض حيضتين بعد الطأقة الاولى لكونهما مرتبتين عليها

(فصل) فان قال اذا حضت نصف حيضة فأنت طالق طأقت اذا ذهب نصف الحيضة وينبغي أن يحكم بوقوع الطلاق اذا حاضت نصف عايتها لان الاحكام تعلقت بالعادة فيتعلى بها وقوع الطلاق ويحتمل أنه لا يحكم بوقوع الطلاق حتى يمضي سبعة أيام ونصف لانا لا نتيقن مضي نصف الحيضة إلا بذلك إلا أن تطهر لاقل من ذلك ومتى طهرت تبين وقوع الطلاق في نصف الحيضة وقيل يلغو قوله نصف حيضة ويبقى طلاقها معلوما بوجود الحيض والاول أصح فان الحيض له مدة أقلها يوم وليلة وله نصف حقيقة والجهل بقدر ذلك لا يمنع وجوده وتعلق الحكم به كالحمل

(فصل) وإن قال لامرأته إذا حضتا حيضة واحدة فأنتا طالقان لم تطلق واحدة منهما حتى تحيض كل واحدة منهما حيضة واحدة ويكون التقدير إن حاضت كل واحدة منكما حيضة واحدة فأنتا طالقان كقول الله تعالى (فاجلدوهم ثمانين جلدة) أي اجلدوا كل واحد منهم ثمانين ويحتمل أن يتعلق الطلاق بحيض إحداهما حيضة لانه لما تعذر وجود الفعل منها وجبت اضافته الى إحداهما كقوله تعالى (يخرج منها الأول والمرجان) وإنما يخرج من أحدهما ، وقال القاضي يلغو قوله حيضة واحدة لان

ولان ما يقصد تبعيده يعلق على الحال . قال الله تعالى في حق الكفار (لا يدخلون الجنة حتى يلج الجمل في سم الخياط) . وقال الشاعر

إذا شاب الغراب أتيت أهلي وصار القار كاللبن الحليب

أي لا يأتيهم أبداً ، وقيل ان علقه على ما يستحيل عقلا وقع في الحال لانه لا وجود له فلم يتعلق به الصفة وبقي مجرد الطلاق فوقه ، وان علقه على المستحيل عادة كالطيران وصعود السماء لم يقع لان له وجودا او قد وجد جنس ذلك في معجزات الانبياء وكرامات الاولياء فجاز تعلق الطلاق به ولم يقع قبل وجوده .

﴿ مسألة ﴾ (وان قال أنت طالق اليوم اذا جاء غداً فعلي وجهين)

وقال القاضي لا تطلق ، وقال أبو الخطاب يقع في الحال لانه علقه بشرط محال ، فلغا الشرط ووقع الطلاق كما لو قال لمن لا سنة لطلاقها ولا بدعة أنت طالق للسنة أو للبدعة وقال في المجرد لا يقع لان شرطه لم يتحقق لان مقتضاه وقوع الطلاق اذا جاء غداً في اليوم ولا يأتي غداً الا بعد ذهاب اليوم وذهاب محل الطلاق وهو قول أصحاب الشافعي .

(فصل) في الطلاق في زمن مستقبل .

﴿ مسألة ﴾ (اذا قال أنت طالق غداً أو يوم السبت في رجب طلقت بأول ذلك)

حيضة واحدة من امرأتين محال فيبقى كأنه قال إن حضبتا فأنتما طائقتان وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، والوجه الآخر لا تعتقد هذه الصفة لأنها مستحيلة فتصير كتمليق الطلاق بالمستحيلات والوجه الأول أولى لأن فيه تصحيح كلام المكلف بحمله على محل سائغ وتبديد وقوع الطلاق واليقين بقاء النكاح فلا يزول حتى يوجد ما يتم به الطلاق يقيناً وغير هذا الوجه لا يحصل به اليقين فإن أراد بكلامه أحد هذه الوجوه حمل عليه وإذا ادعى ذلك قبل منه ، وإذا قال أردت أن تكون الحيضة الواحدة منها فهو تعاريف الطلاق بمستحيل فيحتمل أن يلغو قوله حيضة ويحتمل أن لا يقع الطلاق لأن هذه الصفة لا ترجح فلا يوجد ما علق عليه ويحتمل أن يقع في الحال ويلغو الشرط بناء على ما ذكرناه في تمليق الطلاق على المستحيل (فصل) وإذا كان له أربع نسوة فقال أيتكن لم أطأها فضرأثرها طواالق وقيدته بوقت فمضى الوقت ولم يطأهن طقن ثلاثاً ثلاثاً لأن لكل واحدة ثلاث ضرائر غير موطرات ، وإن وطئ ثلاثاً وترك واحدة لم تطلق المتروكة لأنها ليست لها خبر غير موطرة وتطلق كل واحدة من الموطرات طلقة طلقة وإن وطئ اثنتين طلقنا طائقتين طائقتين وطلقت المتروكتين طلقة طلقة ، وإن وطئ واحدة طلقت ثلاثاً وطلقت كل واحدة من المتروكات طلقتين طلقتين ، وإن لم يقيد بوقت كان وقت الطلاق مقيداً بعمره وعمرهن فأيتكن ماتت طائقت كل واحدة من ضرائر طلقة طلقة وإذا مات أخرى فكذلك ، وإن مات هو طلقن كلهن في آخر جزء من حياته

إذا قال أنت طالق في شهر عينه كسهر رجب وقع الطلاق في أول جزء من الليلة الأولى منه ، وذلك حين تغرب الشمس من آخر الشهر الذي قبله وهو شهر جمادى ، وبهذا قال أبو حنيفة . وقال أبو ثور يقع الطلاق في آخر رجب لأن ذلك يحتمل وقوعه في أوله وآخره فلا يقع إلا بعد زوال الاحتمال ولنا أنه جعل الشهر ظرفاً للطلاق فإذا وجد ما يكون ظرفاً له طلقت كما لو قال إذا دخلت الدار فأنت طالق فإذا دخلت أول جزء منها طلقت فأما إن قال إن لم أفضك حنك في شهر رمضان فامرأتي طالق لم تطلق حتى يخرج رمضان قبل قضائه لأنه إذا قضاه في آخره لم توجد الصفة وفي الموضعين لا يمنع من وطئ زوجته قبل الحنث . وقال مالك يمنع وكذلك كل يمين على فعل يفعله يمنع من الوطئ قبل فعله لأن الظاهر أنه على حنث لأن الحنث ترك الفعل وليس بفعل

ولنا أن طلاقه لم يقع فلا يمنع من الوطئ لأجل اليمين كما لو حلف لأفعلت كذا ولو صح ما ذكره لوجب إيقاع الطلاق ، ولو قال أنت طالق غداً أو يوم السبت وقع الطلاق في أول جزء منه لما ذكرنا (مسئلة) (ولو قال أنت طالق اليوم أو في هذا الشهر فكذلك لما ذكرنا وإن قال أردت في آخره أو أوسطه أو يوم كذا من الشهر أو في النهار دون الليل قبل فيما بينه وبين الله تعالى ، وهل يقبل في الحكم ؟ يخرج على روايتين)

(أحدهما) يقبل وهو الصحيح ولأن آخر الشهر منه فارادته لا تخالف ظاهر أفضله وكذلك

(فصل) فان قال ان لم تكوني حاملا فانت طالق ولم تكن حاملا طلقت ، وان أتت بولد لاقل من ستة أشهر من حين اليمين أو لاقل من أربع سنين ولم يكن بطأها لم تطلق لاننا تبينا أنها كانت حاملا بذلك الولد ، وان مضت أربع سنين ولم تلد تبينا أنها طلقت حين عقد اليمين ، وان كان يطؤها وأتت بولد لاكثر من ستة أشهر وأقل من أربع سنين نظرت فان ظهرت علامات الحمل من انقطاع الحيض ونحوه قبل وطئه أو قريبا منه بحيث لا يحتمل أن يكون من الوطء الثاني لم تطلق ، وان حاضت أو وجد ما يدل على برائتها من الحمل طلقت ، وان لم يظهر ذلك واحتمل أن يكون من الثاني ففيه وجهان (أحدهما) تطلق لان الاصل عدم الحمل قبل الوطء (والثاني) لا تطلق لان اليقين بقاء النكاح فلا يزول بشك واحتمال ولا يجوز للزوج وطؤها قبل الاستبراء لان الاصل عدم الحمل ووقوع الطلاق والا استبرأها ههنا بحيضة فان وجدت الحيضة على عادتها تبينا وقوع طلائها ، وان لم تأت في عادتها كان ذلك دليلا على حملها وحل وطئها وان قال ان كنت حاملا فانت طالق فهي عكس المسئلة التي قبلها ففي الموضع الذي يقع الطلاق ثم لا يقع ههنا وفي الموضع الذي لا يقع ثم يقع ههنا الا أنها إذا أتت بولد لاكثر من ستة أشهر من حين وطء الزوج بعد اليمين ولاقل من أربع سنين من حين عقد الصفة لم تطلق لان تعين النكاح باق ، والظاهر حديث الولد من الوطء لان الاصل عدمه قبله ولا يحل له الوطء حتى يستبرئها نص عليه احمد قال القاضي يجرم الوطء سواء قلنا الرجعية مباحة أو محرمة لانه

وسطه اذ ليس أوله بأولى في ذلك من وسطه وآخره بل ربما كان آخره أولى لانه متيقن ومقابله مشكوك فيه (والثانية) لا يقبل لانه لو أطلق لتناول أوله نأما ان قال أنت طالق في أول رمضان أو غرة رمضان أو في رأس شهر رمضان أو استقبال شهر رمضان أو مجيء شهر رمضان طلقت بأول جزء منه ولم يقبل قوله أردت أوسطه أو آخره ظاهراً أو باطناً لان لفظه لا يحتمله . وان قال بانقضاء رمضان أو انسلاخه أو نفاذه أو مضيه طلقت في آخر جزء منه . وان قال أنت طالق أول نهار من شهر رمضان أو في أول يوم منه طلقت بطولع فجر أول يوم منه لان ذلك أول النهار واليوم ولهذا لو نذر اعتكاف يوم أو صيام يوم لزمه من طلوع الفجر وان قال أنت طالق اذا كان رمضان أو الى رمضان أو الى هلال رمضان أو في هلال رمضان طلقت ساعة يستهل الا ان يكون من الساعة الى الهلال فتطلق في الحال . وان قال انت طالق في مجيء ثلاثة أيام طلقت في أول اليوم الثالث

﴿مسئلة﴾ (وان قال أنت طالق اليوم وغدا وبعد غد أو في اليوم وفي غد وفي بعده فهل تطلق ثلاثا أو واحدة ؟ على وجهين)

[أحدهما] تطلق واحدة لانها إذا طلقت اليوم فهي طالق في غد وفي بعده (والثاني) تطلق ثلاثا لان ذكره لأوقات الطلاق يدل على تعدده لعدم الفائدة ثم ذكر أوقاته بدون تعداد وقيل في الاولى واحدة لما ذكرنا الوجه الاول وفي الثانية ثلاثا لان ذكره في وتكرارها يدل على تكرار الطلاق

يمنع المعرفة بوقوع الطلاق وعدمه ، وقال أبو الخطاب فيه رواية أخرى لا يحرم الوطء لان الأصل بقاء النكاح وبرائة الرحم من الحمل ، وإذا استبرأها حل وطؤها على الروايةين ويكون الاستبراء بحبضة قال أحمد في رواية أبي طالب إذا قال لامرأته متي حملت فأنت طالق لا يقربها حتى تحيض فإذا طهرت وطئها فإن تأخر حيضها أريت النساء من أهل المعرفة فإن لم يوجدن أو خفي عليهن انتظر عليها تسعة أشهر غالب مدة الحمل ، وذكر القاضي فيها رواية أخرى أنها تستبرأ بثلاثة أفرأ ولأنه استبراء الحرة وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي والصحيح ما ذكرناه لان المقصود معرفة برائة رحمها وقد حصل بحبضة ولهذا قال عليه السلام « لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تستبرأ بحبضة » يعني تعلم برأتها بحبضة ولأن ما يعلم به البرائة في حق الامة والحرة واحد لانه أمر حقيقي لا يختلف بالحرة والرق ، وأما العدة ففيها نوع تعبد لا يجوز أن تعتد بالقياس وهل تعتد بالاستبراء قبل عقد البين أو بالحبضة التي حلف فيها ؟ على وجهين أحدهما الاعتداد به لانه يحصل به ما يحصل بالاستبراء بعد البين (والثاني) لا يعتد به لان الاستبراء لا يتقدم على سببه ولانه لا يمتد به في استبراء الامة . قال أحمد إذا قال لامرأته إذا حبلى فأنت طالق يطؤها في كل طهر مرة يعني إذا حاضت ثم طهرت حل وطؤها لان الحيض علم على برأتها من الحمل ووطؤها يجب له فإذا وطئها اعتزلها لاحتمال أن تكون قد حملت من وطئها فطلقت به (فصل) إذا قال ان كنت حاملاً بسلام فأنت طالق واحدة وان ولدت أنثى فأنت طالق

﴿ مسألة ﴾ (وان قال أنت طالق اليوم ان لم أطلقك اليوم طلقت في آخر جزء منه إذا بقي من اليوم مالا يتسع لتطليقها فيه)

وهذا اختيار أبي الخطاب وقول أصحاب الشافعي ، وحكي القاضي فيها وجهين هذا ووجه آخر أن الطلاق لا يقع وحكي ذلك عن أبي بكر وابن سريج لان محل الطلاق اليوم ولا يوجد شرط طلاقها إلا بخروجه فلا يبقى من محل طلاقها ما يقع الطلاق فيه ولنا أن خروج اليوم يفوت به طلاقها فوجب وقوعه قبله في آخر وقت الامكان كوت أحدهما في اليوم وذلك لان معنى يمينه ان فاتني طلاقك اليوم فأنت طالق فيه فإذا بقي من اليوم مالا يتسع لتطليقها فقد فاتته طلاقها فيه فوقع حينئذ كما يقع طلاقه في مسئلتنا في آخر حياة أولهما موتاً وما ذكره باطل بما لو مات أحدهما في اليوم فإن محل الطلاق يفوت بموته ومع ذلك فإن الطلاق يقع قبيل موته كذا ههنا فإن قال لها أنت طالق اليوم ان لم أتزوج عليك اليوم أو ان لم اشتريك ثوباً اليوم ففيه الوجهان والصحيح منهما وقوع الطلاق بها إذا بقي من اليوم مالا يتسع لفعل المحلوف عليه فيه ، فإن قال لها أنت طالق ان لم أطلقك اليوم طلقت بغير خلاف في آخر اليوم في أحد الوجهين ، والوجه الآخر بعد خروج اليوم وان قال أنت طالق اليوم ان لم أطلقك فهو كقوله أنت طالق اليوم ان لم أطلقك اليوم لانه جمل عدم طلاقها شرطاً لطلاقها اليوم والشرط يتقدم المشروط

اثنتين فولدت غلاما كانت حاملا به وقت اليمين تبينا أنها طلقت واحدة حين حلف وانقضت عدتها بوضعه وان ولدت أنثى طلقت بولادتها طلقتين واعتدت بالقروء ، وان ولدت غلاما وجارية وكان الغلام أولهما ولادة تبينا أنها طلقت واحدة وبانت بوضع الجارية ولم تطلق بها ، وان كانت الجارية أولهما ولادة طلقت ثلاثا واحدة بحمل الغلام واثنتين بولادة الجارية وانقضت عدتها بوضع الغلام ، وان قال لها ان كنت حاملا بغلام فأنت طالق واحدة وان كنت حاملا بجارية فأنت طالق اثنتين فولدت غلاما وجارية طلقت ثلاثا

وان قال ان كان حملك غلاما فأنت طالق واحدة وان كان حملك جارية فأنت طالق اثنتين فولدت غلاما وجارية لم تطلق لان حملها كله ليس بغلام ولا هو جارية ، ذكره ائقاضي في المجرى وأبو الخطاب به قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ، وقال ائقاضي في الجامع في وقوع الطلاق وجهان بناء على الروايتين فيمن حلف لا يلبس ثوبا من غزلها فلبس ثوبا فيه من غزلها (فصل) فان قال كلها ولدت ولدا فأنت طالق فولدت ثلاثا دفعة واحدة طلقت ثلاثا لان صفة الثلاث وجدت وهي زوجة ، وان ولدتهم في دفعات من حمل واحد طلقت بالاولين وبانت بالثلاث ولم تطلق ، ذكره أبو بكر وهو قول الشافعي وأصحاب الرأي ، وحكي عن ابن حامد انها تطلق لان زمان اليمينونة زمن الوقوع ولا تنافي بينهما

(فصل) فان قال لعبدك إن لم أبعدك اليوم فامرأتي طالق اليوم ولم يبعه حتى خرج اليوم ففيه الوجهان وان أغنى العبد أو مات أو مات الخالف أو المرأة في اليوم طلقت زوجته حينئذ لانه قد فات بيعه وان دبره أو كانبه لم تطلق امرأته لان بيعه جائز ومن منع بيعهما قال يقع الطلاق بذلك كما لو مات وان وهب العبد لانسان لم يقع الطلاق لانه يمكن عوده اليه فبيعه فلم ينك بيعه ولو قال ان لم أبعد عبي فامرأتي طالق ولم يقيد باليهرم فكأناب العبد لم يقع الطلاق لانه يمكن عجزه فلم يعلم فوات البيه فان عتق بالكتابة أو غيرها وقع الطلاق حينئذ لانه قد فات بيعه

(مسئلة) (وان قال أنت طالق يوم يقدم زيد فماتت غدوة وقدم بعد موتها فهل يقع بها الطلاق؟ على وجهين) .

[أحدهما] يبين أن طلائها وقع من أول اليوم لانه لو قال أنت طالق يوم الجمعة طلقت من أوله فكذا إذا قال أنت طالق يوم يقدم زيد ينبغي أن تطلق بطووع فخره

(والثاني) لا يقع الطلاق لان شرطه قدوم زيد ولم يوجد الا بعد موت المرأة فلم يقع بخلاف يوم الجمعة فان شرط الطلاق محيي يوم الجمعة وقد وجدوهما شرطان فلا تطلق باحدهما والاول أولى وليس هذا شرطا إنما هو بيان للوقت الذي يقع فيه الطلاق معرقا بفعل يقع فيه فيقع في أوله كقوله

ولنا أن العدة انقضت بوضع الحمل فصادفها الطلاق باثنا فلم يقع كما لو قال إذا مت فأنت طالق وقد نص أحد فيمن قال أنت طالق مع موتي أنها لا تطاق فهذا أولى ، وإن قال إن ولدت ذكراً فأنت طالق واحدة وإن ولدت أنثى فأنت طالق اثنتين فولدتها دفعة واحدة طلقت ثلاثاً ، وإن ولدتها في دفعتين وقع بالاول ماعلق عليه وبانت بالثاني ولم يقع به شيء إلا على قول ابن حامد ، فإن أشكل الاول منهما أو كيفية وضعهما طلقت واحدة بيقين ولا تلزمه الثانية ، والورع أن يلتزمها وهذا قول الشافعي وأصحاب الرأي ، وقال القاضي قياس المذهب أن يقرع بينهما

وإن قال إن كان أول ما تلدين ذكر فأنت طالق واحدة وإن كان أنثى فأنت طالق اثنتين فولدتها دفعة واحدة لم يقع بها شيء لأنه لا أول فيهما فلم توجد الصفة ، وإن ولدتها في دفعتين وقع بالاول ماعلق عليه ولم يقع بالثاني شيء

(فصل) فإن كان له أربع نسوة فقال كلما ولدت واحدة منكن فضرأثرها طالق فولدت دفعة واحدة طلقت كما إن ثلاثاً ثلاثاً وإن ولدت في دفعات وقع بضرأثر الاولى طلقة طلقة فإذا ولدت الثانية بانث بوضعها ولم تطاق ، وهل يطاق سائرهن ؟ فيه احتمالان (أحدهما) لا يتم بهن طلاق لانها لما انقضت عدتها بانث فلم يبقين ضرأثرها والزواج إنما علق على ولادتها طلاق ضرأثرها (والوجه الثاني) يقع بكل واحدة طلقة لانهن ضرأثرها في حال ولادتها ، فعلى هذا يقع بكل

أنت طالق اليوم الذي نصلي فيه الجمعة ، وإن قال أنت طالق في اليوم الذي يقدم فيه زيد ، وكذلك لو مات الرجل غدوة ثم قدم زيد أو مات الزوجان قبل قدوم زيد كان الحكم كما لو ماتت المرأة ولو قال أنت طالق في شهر ومضان إن قدم زيد فقدم زيد فيه وفيه وجهان

[أحدهما] لا تطاق حتى يقدم زيد لأن قدومه شرط فلا يتقدمه المشرط بدليل ما لو قال أنت طالق إن قدم زيد فإنها لا تطاق قبل قدومه ، بل تنفق وكما لو قال إذا قدم زيد

(والثاني) أنه إن قدم زيد تبين وقوع الطلاق من أول الشهر وهو أصح قياساً على المسئلة التي قبل هذه (مسئلة) (وإن قال أنت طالق في غد إذا قدم زيد فماتت قبل قدومه لم تطاق حتى يقدم لأن إذا اسم زمن مستقبل فعناه أنت طالق غداً وقت قدوم زيد فإن لم يقدم زيد في غد اسم تطلق وإن قدم بعده لأنه قيد طلائها بقدوم مقيد بصفة فلا تطاق حتى توجد ، وإن ماتت غدوة وقدم بعد موتها لم تطاق لأن الوقت الذي أوقع طلائها فيه لم يأت وهي محل لطلاق فلم تطاق كما لو ماتت قبل دخوله ذلك اليوم .

(مسئلة) (وإن قال أنت طالق اليوم غداً طلعت اليوم واحدة لأن من طلعت اليوم فهي طالق غداً (مسئلة) (فإن أراد طالق اليوم وطالق غداً فتطلق طالعتين في اليومين فإن قال أردت أنها تطلق في أحد اليومين طلعت اليوم ولم تطلق غداً لأنه جعل الزمان كله ظرفاً لوقوع الطلاق فوقع في أوله

واحدة من الاثنين لم يلدن طائقتان طائقتان وتبين هذه وتقع بالولادة الاولى طلبة فاذا ولدت الناشئة بانت ، وفي وقوع الطلاق بالباقيتين وجهان ، فاذا قلنا يقع بهن طلقت الرابعة ثلاثا ولاولى طلقتين وبانت الثانية والثالثة وليس فيهن من له رجعتها إلا الاولى ما لم تنقض عدتها ، وإذا ولدت الرابعة لم تطاق واحدة منهن وتنقض عدتها بذلك

وان قال كلما ولدت واحدة منكن فسائر كن طوائق أو فباقيكن طوائق فكلما ولدت واحدة وقع بباقيهن طلبة وتبين الولادة بوضع ولدها الا الاولى ، والفرق بين هذه وبين التي قبلها ان الثانية والناشئة يقع الطلاق بباقيهن بولادتهما ههنا وفي الاولى لا يقع لانهن لم يبقين ضرائرها وههنا لم يعلقه بذلك ، وان قال كلما ولدت واحدة منكن فأتقن طوائق فكذلك الا انه يقع على الاولى طلبة بولادتهما فان كانت الثانية حاملا باثنين فوضعت الاول منهما وقع بكل واحدة من ضرائرها طلبة في المسائل كلها ووقع بها طلبة في المسئلة الثالثة ، واذا وضعت الثالثة أو كانت حاملا باثنين فكذلك فطلق الرابعة ثلاثا ونطاق كل واحدة من الوالدات طلعتين طلعتين في المسائلين الاولين وثلاثا ثلاثا في المسئلة الثالثة فكلما وضعت واحدة منهن تمام حملها انقضت به عدتها . قال القاضي اذا كانت له زوجتان فقال كلما ولدت واحدة منكما فأنتا طائقتان فولدت إحداهما يوم الخميس طلعتا جميعا ثم ولدت الثانية يوم الجمعة بانت وانقضت عدتها ولم تطاق وطلقت الاولى ثانية ، فان كانت كل واحدة منهما حاملا

﴿ مسألة ﴾ (وان أراد نصف طلبة اليوم ونصفها غدا فطلق اليوم واحدة وغدا الاخرى لان النصف يكمل فيصير طلبة تامة وان قال أردت نصف طلبة اليوم وباقيها غدا احتمل وجهين

[أحدهما] لا تطاق الا واحدة لانه اذا قال نصفها اليوم كملت كلها فلم يبق لها بقية تقع غدا ولم يقع شيء غيرها لانه ما أوقعه ، وذكر القاضي هذا لاحتمال أيضا في المسئلة الاولى وهو مذهب الشافعي ، ذكر أصحابه فيها الوجهين ، ويحتمل أن يقع اثنتان كالمسئلة التي قبلها

﴿ مسألة ﴾ (وان قال أنت طالق إلى شهر طلقت عند انقضائه)

إذا قال أنت طالق إلى شهر كذا أو سنة كذا فهو كما لو قال في شهر كذا أو سنة كذا ولا يقع طلاق إلا في أول ذلك الوقت ، وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة تطاق في الحال لان قوله أنت طالق إبقاء في الحال وقوله الى شهر كذا توقيت له وغاية وهو لا يقبل التأقيت فوقع في الحال لانه لا يقبل التأقيت .

ولنا أن ذلك قد روي عن ابن عباس وأبي ذر ولان هذا يحتمل أن يكون توقينا لإبقائه كقول الرجل أنا خارج الى سنة أي بعد سنة واذا احتمل الأمرين لم يقع الطلاق بالشك وقد ترجح ما ذكرناه من وجهين .

بأثنين طلقتنا بوضع اثناية طلقة أيضا، ثم إذا ولدت لاولى تمام حملها انقضت عدتها به وطلقت الثانية ثلاثا فاذا ولدت اثناية تمام حملها انقضت عدتها به وطلقت الثانية ثلاثا

(فصل) وإذا قال لامرأته ان كلمتك فأنت طالق ثم أعاد ذلك ثانية طلقت واحدة لان اعادته تكليم لها وشرط اطلاقها فان أعاده ثالثة طلقت ثانية إلا أن يكون غير مدخول بها فتبين بالاولى ولا يلحقها طلاق ثان، وان أعاده رابعة طلقت الثالثة، وان قال ان كلمتك فأنت طالق فاعلمي ذلك أو فتحتقي ذلك حنث لانه كلمها بعد عقد اليمين إلا أن ينوي كلاما مبتدأ، وان زجرها فقال تنحني أو اسكتي أو اذهبي حنث لانه كلام، وان سمعها تذكر فقال الكاذب عليه لعنة الله حنث نص عليه احمد لانه كلمها، وان كلمها وهي نائمة أو مغلوبة على عقلها باغواء أو جنون لا نسمع أو بعيدة لا نسمع كلامه أو صماء بحيث لا نسمع كلامه ولا نسمع أو حالف لا يكلم فلانا فكلامه ميتا لم يحنث وقال ابو بكر يحنث في جميع ذلك لقول أصحاب النبي ﷺ كيف تكلم أجساداً لا أرواح فيها؟

ولنا أن التكلم فعل يتعدى الى المتكلم، وقد قيل انه مأخوذ من الكلم وهو الجرح لانه يؤثر فيه كتأثير الجرح ولا يكون ذلك إلا بإمضاءه، فأما تكليم النبي ﷺ الموتى فمن معجزاته فانه قال «ما أنتم باسمع لما أقول منهم» ولم يثبت هذا لغيره وقول أصحاب النبي ﷺ كيف تكلم أجساداً لا أرواح فيها؟ حجة لنا فانهم قالوا ذلك استبعاداً أو سؤالاً عما خفي عنهم سببه وحكمته حتى كشف لهم النبي

[أحدها] أنه جعل لطلاق غاية ولا غاية لآخره وإنما الغاية لأوله (واشافي) ان ما ذكرناه عمل باليتين وما ذكروه أخذ بالشك.

(فصل) فان نوى طلاقها في الحال الى سنة كذا وقع في الحال، لانه يقر على نفسه بما هو أغلظ ولفظه يحتمله.

(فصل) وان قال أنت طالق من اليوم الى سنة طلقت في الحال لان من لا ابتداء الغاية فيقتضي أن طلاقها من اليوم فان قال أردت تكرير طلاقها من حين لفظت به الى سنة طلقت من ساعتها ثلاثاً اذا كانت مدخولاً بها. قال أحمد اذا قال لها أنت طالق من اليوم الى سنة يريد التوكيد وكثرة الطلاق فتلك طالق من ساعتها.

(مسئلة) (وان قال أنت طالق في آخر الشهر أو أول آخره طلقت في أول جزء من آخر يوم منه لانه آخره. وان قال في آخر أوله طلقت في آخر أول يوم منه لانه أوله)

وقال أبو بكر تطلق في المسمئين بغروب شمس الخامس عشر منه لان الشهر نصفان أول وآخر فأخر أوله يلي أول آخره وهذا قول أبي العباس بن شريح وقال أكثرهم كقولنا وهو أصح فان ماعدا اليوم الاول لا يسمى اول الشهر ويصح نفيه عنه وكذلك لا يسمى اوسط الشهر آخره ولا يفهم ذلك من اطلاقه لفظه فوجب ان لا يصرف كلام الحالف اليه ولا يحمل عليه

فصل في حكمة ذلك بأمر مختص به فيبقى الامر في حق من سواه على النفي ، وان حلف لا يكلم فلانا فكلمته سكران حنث لان السكران يكلم ويحنث وربما كان تكليمه في حال سكره أضرم من تكليمه في صحوه وان كلمته سكرانه حنث لان حكمها حكم الصاحي وان كلمته وهو صبي أو مجنون يسمع ويعلم أنه مكلم حنث وان جنت هي ثم كلمته لم يحنث لان القلم مرفوع عنها ولم يبق لكتلامها حكم

(فصل) فان حلف لا يكلم انسانا فكلمه بحيث يسمع فلم يسمع لتشاغله أو غفلته حنث لانه كلمه وانما لم يسمع لغفلته أو شغل قلبه ، وان كلمه ولم يعرفه فان كانت عينه بالطلاق حنث قال احمد في رجل حلف بالطلاق أن لا يكلم حماته فرأها بالليل فقال من هذا ؟ حنث قد كلمها ، وان كانت عينه بالله أو عيضا مكفرة فالصحيح أنه لا يحنث لانه لم يقصد تكليمه فأشبهه الناسي ولانه ظن المحلوف عليه غيره فأشبهه الغير اليمين ، وان لم عليه حنث لانه كلمه بالسلام ، وان سلم على جماعة هو فيهم وأراد جميعهم بالسلام حنث لانه كلمهم كلهم ، وان قصد بالسلام من عداه لم يحنث لانه انما كلم غيره وهو يسمع وان لم يعلم أنه فيهم ففيه روايتان (إحداهما) يحنث لانه كلمهم جميعهم وهو فيهم (والثانية) لا يحنث لانه لم يقصده ويمكن حمل قوله في الحنث على اليمين بالطلاق والعقود لانه لا يعذر فيها بالنسيان والجهل في الصحيح من المذهب وعدم الحنث على اليمين المكفرة ، فان كان الحالف إماما والمحلوف عليه مأموما لم يحنث بتسليم الصلاة لانه لا يخرج منها إلا أن ينوي بتسليمه المأمومين فيكون حكمه حكم ما لو سلم عليهم في غير الصلاة ويحتمل أن لا يحنث بحال لان هذا لا يعد تكليما ولا يردده الحالف ، وان حلف

(مسئلة) (وان قال اذا مضت سنة فانت طالق طلقت اذا مضى اثنا عشر شهرا بالالهة ويكل

الشهر الذي حلف الى تمام اثني عشر شهرا بالالهة)

لقوله تعالى (يسألونك عن الالهة قل هي موافيت للناس) فان حلف في أول شهر فاذا مضى اثنا عشر شهرا وقع طلاقه وان حلف في اثناء شهر عددت ما بقي منه ثم حسبت بعد بالالهة فاذا مضت أحد عشر شهرا بالالهة نظرت ما بقي من الشهر الاول فكمكث ثلاثين يوما لان الشهر اسم لما بين هلالين فان تفرق كان ثلاثين يوما ، وفيه وجه آخر انه تعتبر الشهور كلها بالعدد نص عليه أحمد فيمن نذر صيام شهرين متتابعين فاعترض الايام قل يصوم ستين يوما ، وان ابتداء من شهر فصام شهرين كانا ثمانية وخمسين يوما اجزاء وذلك لانه لما صام نصف شهر وجب تكليمه من الذي يليه فكان ابتداء الثاني من نصفه أيضا فوجب ان يكمله بالعدد وهذا المعنى موجود في السنة ، ووجه الاول انه امكن استيفاء أحد عشر شهرا بالالهة فوجب الاعتبار بها كمال لو كانت عينه في أول شهر ولا يازمه ان يتم الاول من الثاني بل يتمه من آخر الشهور وان قال اردت بقولي سنة اذا انساخ ذو الحجة قبل لانه يقرر على نفسه ما هو اغاظ

(مسئلة) (وان قال اذا مضت السنة فانت طالق طلقت بانسلاخ ذي الحجة)

لا يكلم فلانا فكلم انسانا فلانا بسم يقصد بذلك اجماعه كما قال * ايك أعني واسمعي يا جارة * حنث
نص عليه أحمد قال اذا حلف لا يكلم فلانا فكلم انسانا وفلان بسم يريد بكلامه اياه المحلوف عليه
حنث لانه قد اراد تكليمه

وروي عن أبي بكرة ما يدل على أنه لا يحنث فانه كان حلف أن لا يكلم أخاه زياداً فعزم زياد
على الحج فجاء أبو بكرة فدخل قصره وأخذ ابنه في حجره فقال إن أبك يريد الحج والدخول على
زوج رسول الله ﷺ بهذا السبب وقد علم أنا غير صحيح ثم خرج ولم ير أنه كاهن ولا أول الصحيح لانه
أسمعه كلامه يريد به فأشبهه ما لو خاطبه به ولان به مقصود تكليمه قد حصل باجماعه كلامه

(فصل) فان كتب اليه أو أرسل اليه رسولا حنث إلا أن يكون قصد أن لا يشانه نص عليه أحمد
وذكره الخري في موضع آخر وذلك لقول الله تعالى وما كان لبشر أن يكلمه الله إلا وحيا أو من
 وراء حجاب أو يرسل رسولا ولان القصد بالترك لكلامه هجرانه ولا يحصل مع مواصاته بالرسول
والكتب ، ويحتمل أن لا يحنث إلا أن ينوي ترك ذلك لان هذا ليس بتكليم حقيقة ولو حلف ليكلمه
لم يبر بذلك الا أن ينويه فكذلك لا يحنث به ، ولو حلف لا يكلمه فأرسل انسانا يسأل أهل العلم عن
مسئلة أو حديث فجاء الرسول فسأل المحلوف عليه لم يحنث بذلك ، وإن حلف لا يكلم امرأته فجاءها
لم يحنث إلا أن تكون نيته هجرانها ، قال أحمد في رجل قال لا رأته إن كلمتك خمسة أيام فأنت طالق

لانه لما عرفها بلام التعريف انصرف الى السنة المعروفة التي آخرها ذو الحجة وان قال أردت بالسنة
اثني عشر شهراً قبل لان السنة اثنا عشر شهراً حقيقة

﴿مسئلة﴾ (واذا قال انت طالق في كل سنة طلقة فهذه صفة صحيحة)

لانه يملك إيقاعه في كل سنة فاذا جمل ذلك صفة جاز ويكون ابتداء المدة عقيب يمينه لان كل أجل
ثبت بطلاق العقد ثبت عقبيه كقوله والله لا يكون سنة فتقع الاولى في الحال لانه جعل السنة ظرفاً
لطلاق فيقع في أول جزء منها وتقع الثانية في أول الثانية والثالثة إن دخلت عليها وهي في نكاحه
لكونها لم تنقض عدتها أو راجعها في عدة الطلقة الاولى وعدة الثانية أو جدد نكاحها بعد أن بان
انقضت عدتها فبان منه ودخلت السنة الثانية وهي بائن لم تطلق لكونها غير زوجة له فان تزوجها
في أثناءها اقتضى قول أكثر أصحابنا وقوع الطلاق عقيب تزوجه بها لانه جزء من السنة الثانية التي
جعلها ظرفاً للطلاق ومحلا له وكان سبيله أن يقع في أولها فنزع منه كونها غير محل للطلاق لعدم نكاحه
حينئذ ، فاذا عادت الزوجة وقع في أولها ، وقال القاضي تطلق بدخول السنة الثالثة ، وعلى قول التيمي
ومن وافقه ننحل الصفة بوجودها في حال البينونة فلا تعود بحال ، وإن لم يتزوجها حتى دخلت السنة
الثالثة ثم نكحها طلقت عقيب تزويجها ثم طلقت الثالثة بدخول السنة الرابعة وعلى قول القاضي لا تطلق
إلا بدخول السنة الرابعة ثم تطلق الثالثة بدخول الخامسة ، وعلى قول التيمي قد انحلت الصفة ، واختلف

أله أنت بجامعها ولا يكلمها؟ فقال أي شيء كان بدو هذا أيسر أو يغلظ؟ فإن لم يكن له نية فله أن بجامعها ولا يكلمها، وإن حلف لا يقرأ كتاب فلان فقرأه في نفسه ولم يحرك شفثيه به حنث لأن هذا قراءة الكتب في عرف الناس فتعصر فيمينه إليه إلا أن ينوي حقية القراءة، قال أحمد إذا حلف لا قرأت فلان كتاباً ففتحه حتى استنقى آخره إلا أنه لم يحرك شفثيه فإن أراد أن لا يعلم ما فيه فقد علم ما فيه وقرأه

(فصل) فإن قال لامراته ان بدأتك بالكلام فأنت طالق فقالت ان بدأتك بالكلام فبدي حر انحلت يمينه لانه لما خاطبته بيمينها فأنته البداية بكلامها وبقيت يمينها معلقة فان بدأها بكلام انحلت يمينها أيضاً، وإن بدأتها هي عتق عبدها هكذا ذكره أصحابنا ويحتمل أنه ان بدأها بالكلام في وقت آخر حنث لأن ذلك يسمى بداية تنبأته يمينه إلا أن ينري ترك البداية في هذا الوقت أو هذا المجلس فيتعبد به

(فصل) فإن قال لامراتيه ان كلمتا هذين الرجلين فأنتا طالقان فكلمت كل واحدة رجلاً ففيه وجهان :

(أحدهما) يحنث لأن تكليمهما وجد منهما فحنث كما لو قال إن حضمتا فأنتا طالقان فحاضت كل واحدة حيضة وكذلك لو قال ان ركبتي دابتيكما فأنتا طالقان فركبت كل واحدة دابتها (والوجه الثاني) لا يحنث حتى تكلم كل واحدة منهما الرجلين معاً لانه عاق طلاقها بكلامها

في مبدأ السنة الثانية فظاهر ما ذكره القاضي أن أولها بعد انقضاء اثني عشر شهراً من حين يمينه وكذلك قال أصحاب الشافعي، وقال أبو الخطاب ابتداء السنة الثانية أول المحرم على ما ذكرناه لأنها السنة المعروفة فاذا علق ما يتكرر على تكرر السنين انصرف إلى السنين المعروفة لقول الله تعالى (أولا يرون أنهم يفتنون في كل عام)

(مسئلة) (وإن قال أردت بالسنة اثني عشر شهراً قبل لأنها سنة حقيقة، وهل يقبل في الحكم؟ يخرج على روايتين)

(أصحهما) أنه يقبل لما ذكرنا (والثانية) لا يقبل لانه يخالف الظاهر وإن قال أردت أن أبتدىء السنين من المحرم دين ولم يقبل في الحكم ذكره القاضي لانه خلاف الظاهر. قال شيخنا والاولى أنه يخرج على روايتين لانه محتمل مخالف للظاهر

(مسئلة) (وإذا قال أنت طالق يوم يقدم زيد فقدم ليلاً لم تطلق إلا أن يريد باليوم الوقت فتطلق وقت قدومه لان الوقت يسمى يوماً قال الله تعالى (ومن يؤلمهم يومئذ دبره)

(مسئلة) (وإن قدم ميتاً أو مكرهاً لم تطلق)

إذا كان محمولا لم تطلق لانه لم يقدم وإنما قدم به وهذا قول الشافعي ونقل عن أبي بكر أنه يحنث

لها فلا نطاق واحدة بكلام الاخرى وحدها وهذا أظهر الوجهين لأصحاب الشافعي، وهكذا لو قال ان دخلتا هاتين الدارين فالحكم فيها كلاولى وهذا فيما لم تجر العادة بانفراد الواحد به، فأما ما جرى العرف فيه بانفراد الواحد فيه بالواحد كنحو ركبا دابة، ولبس اثوابيهما وتقلد اسيفيهما واعتقلا رجليهما ودخلا بزوجهما وأشبه هذا فانه يحتمل اذا وجد منهما منفردين، ومالم تجر العادة فيه بذلك فهو على الوجهين، ولو قال ان أكلتا هذين الرغيفين فأكلت كل واحدة منهما رغيفا يحتمل لانه يستحيل أن نأكل كل واحدة منهما الرغيفين بخلاف الرجلين والدارين

(فصل) فان قال أنت طالق ان كلمت زيدا ومحمد مع خالد لم نطابق حتى تسكلم زيدا في حال يكون فيها محمد مع خالد، وذكر القاضي أنه يحتمل بكلام زيدا فقط لان قوله محمد مع خالد استئناف كلام بدل بل أنه مرفوع والصحيح واقلنا لانه متى أمكن جعل الكلام متصلا كان أولى من قطعه والرفع لا يفي كونه حالا فان الجملة من المبتدأ والخبر تكون حالا كقوله تعالى (اقرب الناس حسابهم وهم في غفلة معرضون) وقال (الا استمعوه وهم يلعبون) وأخاف أن يأكله الذئب وأنتم عنه غافلون) وهذا كثير فلا يجوز قطعه عن الكلام الذي هو في سياقه مع إمكان وصله به، ولو قال ان كلمت زيدا ومحمد مع خالد فأنت طالق لم نطابق حتى تسكلم زيدا في حال كون محمد مع خالد فكذلك إذا تأخر قوله محمد مع خالد، ولو قال أنت طالق ان كلمت زيدا وأنا غائب لم نطابق حتى تسكلمه في حال غيبته، وكذلك لو قال أنت طالق ان كلمت زيدا وأنت

لان الفعل ينسب اليه ولذلك يقال دخل الطعام البلد إذا حمل اليه ولو قال أنت طالق إذا دخل الطعام البلد طلقت إذا حمل اليه

ولنا أن الفعل ليس منه والفعل لا ينسب إلى غير فاعله إلا مجازاً والكلام عند تحقيقه إذا أمكن فأما الطعام فلا يمكن وجود الفعل منه حقيقة فتعين حمل الدخول فيه على مجاز، فأما إن قدم بنفسه لا كراه فعلى قول الحرقى لا يحتمل وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي، وقال أبو بكر يحتمل وحكامه عن أحمد لان الفعل منه حقيقة وينسب اليه قال الله تعالى (وسيق الذين كفروا إلى جهنم زمراً حتى إذا جاءوها) ويصح أمر المكروه بالفعل قال الله تعالى (ادخلوا أبواب جهنم) ولولا أن الفعل يتحقق منه لما صح أمره به، ووجه الاول أنه بالاكراه زال اختياره فاذا وجدت الصفة منه كان كوجود الطلاق منه وهذا فيما إذا طاق وإن كانت له نية حمل عليها كلامه ويقيد بها

(فصل) فان تدم مختاراً حنث الحالف سواء علم القادم باليمين أو جهلها قال أبو بكر الحلال يقع الطلاق قولاً واحداً وقال أبو عبد الله بن حامد إن كان القادم ممن لا يمنع القدوم بيمينه كالسلطان والحاج والرجل الاجنبي حنث الحالف ولا يعتبر علمه ولا جهله وإن كان ممن يمنع باليمين من القدوم كقرابة لها أو لاحدها أو غلام لاحدها فجهل اليمين أو نسيها فالحكم فيه كما لو حلف على فعل نفسه ففعله جاهلاً أو ناسياً وفي ذلك روايتان كذلك ههنا وذلك أنه إذا لم يكن ممن تمنعه اليمين كان تعليقا للطلاق

راكبة أو هو راكب أو ومحمد راكب لم نطابق حتى تكلمه في تلك الحال . ولو قال أنت طالق ان كلمت زيدا ومحمد أخوه مريض لم نطابق حتى تكلمه وأخوه محمد مريض

(فصل) فان قال ان كلمتي الى أن يقدم زيد أو حتى يقدم زيد فأنت طالق فكلمته قبل قدومه حنث لانه مد المنع الى غاية هي قدوم زيد فلا يحنث بعدها ، فان قال أردت ان استدمت كلامي من الآن الى أن يقدم زيد دين ، وهل يقبل في الحكم ؟ يحتمل وجهين

(فصل) فان قال أنت طالق ان شئت أو إذا شئت أو متى شئت أو كلما شئت أو كيف شئت أو حيث شئت أو أنى شئت لم تطلق حتى تشاء وتنطق بالمشيئة باسانها فتقول قد شئت لان ما في القلب لا يعلم حتى يبره عنه اللسان فتعلق الحكم بما يتعلق به دون ما في القلب فلو شئت بقلبي دون نطقها لم يقع طلاق . ولو قالت قد شئت باسانها وهي كارهة لوقع الطلاق اعتباراً بالنطق ، وكذلك ان علق الطلاق بمشيئة غيرها ومتى وجدت المشيئة باللسان وقع الطلاق سواء كان على الفور أو التراخي نص عليه أحمد في تعليق الطلاق بمشيئة فلان وفيما إذا قال أنت طالق حيث شئت أو أنى شئت ونحو هذا قال الزهري وقاعدة ، وقال أبو حنيفة دون صاحبيه إذا قال أنت طالق كيف شئت نطابق في الحال طاعة رجعية لان هذا ليس بشرط وإنما هو صفة للطلاق الواقع بمشيئتها

دلى صفة ولم يكن يميناً فأشبهه ما لو علقه على طلوع الشمس وإن كان ممن يمتنع كان يميناً فيعذر فيها بالنسيان والجهل وينبغي أن تعتبر على هذا القول نية الحالف وقرائن أحواله الدالة على قصده فان كان قصده يمينه منع القادم من القدوم كان يميناً وإن كان قصده جملة صفة في طلاقها مطلقة لم يكن يميناً ويستوي فيه علم القادم وجهله ونسيانه وجنونه وإفاقته مثل أن يقصد طلاقها إذا حصل معها محرماً ولا يطلقها وحدها وتعتبر قرائن الاحوال فتى علق اليمين على قدوم غائب بعيد يعلم أنه لا يعلم اليمين ولا يمتنع بها أو فعل صغير أو مجنون أو ممن لا يمتنع بها لم تكن يميناً وإن علق ذلك على فعل حاضر يعلم يمينه ويمتنع لاجلها من فعل ما علق الطلاق عليه كان يميناً ومتى اشكلت الحال فينبغي أن يقع الطلاق لان لفظه يقتضي وقوع الطلاق عند وجود هذه الصفة على العموم وإنما ينصرف عن ذلك بدليل فتى شككنا في الدليل المخصص وجب العمل بمقتضى العموم

(فصل) فان قال إن تركت هذا الصبي يخرج فأنت طالق فانفلت الصبي بغير اختيارها نخرج فان كان نوى ان لا يخرج فقد حنث وإن نوى أن لا تدعه لم يحنث نص أحمد على معنى هذا وذلك لان اليمين إذا وقعت على فعلها فقد فعل الخروج بغير اختيار منها فكانت كالأكراه إذا لم يمكنها حفظه ومنعه وإن نوى فعله فقد وجد وحنث وإن لم تعلم نيته انصرفت يمينه إلى فعلها لانه الذي تناوله لفظه فلا يحنث إلا إذا خرج بتفريطها في حفظه أو باختيارها

ولنا انه أضاف الطلاق الى مشيئتها فأشبهه ما لو قال حيث شئت ، وقال الشافعي في جميع الحروف ان شئت في الحال والا فلا تطلق لان هذا تمليك للطلاق فكان على الفور كقوله اختاري وقال أصحاب الرأي في ان كقوله وفي سائر الحروف كفولنا لان هذه الحروف صريحة في التراخي فحملت على مقتضاها بخلاف ان فاتها لا تقتضي زمانا وانما هي لمجرد الشرط فتعبد بالفور بقضية التملك . وقال الحسن وعطاء ، إذا قال أنت طالق ان شئت انما ذلك لها ماداما في مجلسهما

ولنا انه تعليق للطلاق على شرط فكان على التراخي كسائر التعليقات ولانه ازالة ملك معاق على المشيئة فكان على التراخي كالعتق وفارق اختاري فانه ليس بشرط انما هو تخيير فتعبد بالمجلس كخيار المجلس وان مات من له المشيئة أو جن لم يتم الطلاق لان شرط الطلاق لم يرد ، وحكي عن أبي بكر انه يقع وليس بصحيح لان الطلاق المعاق على شرط لا يقع إذا تعذر شرطه كما لو قال أنت طالق ان دخلت الدار وان شاء وهو مجنون لم يقع طلاقه لانه لاحكم لكلامه وان شاء وهو سكران فالصحيح انه لا يقع لانه زائل العقل فهو كالمجنون

وقال أصحابنا يخرج على الروايتين في طلاقه والفرق بينهما ان ايقاع طلاقه تعليق عليه كيلا تكون المصيبة سببا لتخفيف عنه وههنا انما يقع الطلاق بغيره فلا يصح منه في حال زوال عقله ، وان شاء وهو طفل لم يقع لانه كالمجنون وان كان يعقل الطلاق وقع لان له مشيئة ولذلك صح اختياره

(فصل) وإن حلف لا تأخذ حقتك مني فأكرهه على دفعه أو أخذه منه قهراً حنث لان المحلوف عليه فعل الاخذ وقد أخذه مختاراً وإن أكرهه صاحب الحق على أخذه خرج على الوجهين فيمن أكرهه على القدوم وإن وضعه الحالف في حجره أو بين يديه أو جنبه فلم يأخذه لم يحنث لان الاخذ ما وجد وإن أخذه الحاكم أو السلطان من الغريم فدفعه إلى المستحق فأخذه فقال القاضي لا يحنث وهو مذهب الشافعي لانه ما أخذه منه وإن قال لا تأخذ حقتك علي حنث لانه قد أخذ حقه الذي عليه والمنصوص عن أحمد أنه يحنث في صورتين قاله أبو بكر وهو الذي يقتضيه مذهبه لان الايمان عنده على الاسباب لا على الاسماء ولانه لو وكل وكيلاً فأخذه منه كان أخذاً لحقه منه عرفاً ويسمى أخذاً قال الله تعالى (وأخذنا منهم ميثاقاً غليظاً) وقال (ولقد أخذ الله ميثاق بني اسرائيل) وإن كان اليمين من صاحب الحق خلف لا اخذت حقي فالتفريع فيها كالتي قبلها فان تركها الغريم في أثناء متاع في خرج ثم دفع الخرج إلى الحالف فأخذه ولم يعلم أنها فيه لم يحنث لان هذا ليس معدوداً أخذاً ولا يبرأ بها الغريم منها ، وإن كانت اليمين لا أعطيك حقتك فأخذه الحاكم منه كرها ودفعه إلى الغريم لم يحنث وان أكرهه على دفعه اليه خرج على الوجهين في المسكره وان أعطاه باختياره حنث وان وضعه في حجره أو حبسه أو صدوقه وهو يعلم حنث لانه اعطاه وان دفعه إلى الحاكم اختياراً ليدفعه إلى الغريم فدفعه أو أخذه من ماله باختياره فدفعه إلى الغريم حنث وقال القاضي لا يحنث والمذهب انه يحنث لانه أوصله اليه مختاراً

لاحد أبويه وان كان أخرس فشاء بالاشارة وقم الطلاق لان اشارته تقوم مقام نطق الناطق ولذلك وقع طلاقه بها وان كان ناطقا حال التعليق فخرس ففيه وجهان (أحدهما) يقع الطلاق بها لان طلاقه في نفسه يقع بها فكذلك طلاق من علقه بمشيئة (والثاني) لا يقع بها لانه حال التعليق كأنه لا يقع إلا بالناطق فلم يقع بغيره كما لو قال في التعاقب ان نطق فلان بمشيئته فهي طلق

(فصل) فان قيد المشيئة بوقت فقال أنت طالق ان شئت اليوم تقيده فان خرج اليوم قبل مشيئتها لم تطلق وان علقه على مشيئة اثنين لم يقع حتى توجد مشيئتهما ، وخرج القاضي وجها انه يقع بمشيئة أحدهما كما بحث بفعل بعض المحلوف عليه وقد بينا فساد هذا فان قال أنت طالق ان شئت وشاء أبوك فقالت قد شئت ان شاء أبي ، فقال أبوها قد شئت لم تطلق لانها لم تشأ فان المشيئة أمر خفي لا يصح تعليقها على شرط وكذلك لو قل أنت طالق ان شئت فقالت قد شئت ان شئت فقال قد شئت أو قالت قد شئت ان طلعت الشمس لم يقع ، نص عليه أحمد على معنى هذا وهو قول سائر أهل العلم منهم الشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل اذا قل لزوجته أنت طالق ان شئت فقالت قد شئت ان شاء فلان أنها قد ردت الأمر ولا يلزمها الطلاق وان شاء فلان وذلك لانه لم توجد منها مشيئة وإنما وجد منها تعليق مشيئتها بشرط وليس تعاقب المشيئة بشرط مشيئة ، وان علق الطلاق على مشيئة اثنين فشاء أحدهما على الفور والآخر على التراخي وقع الطلاق لان المشيئة قد وجدت منهما جميعا

فأشبهه مالو دفعه الى وكيله فأعطاء اياه ولان الايمان على الاسباب لا على الاسماء على ما ذكرناه فيما مضى (فصل) وان قال ان رأيت أباك فأنت طالق فرأته ميتا أو نائما أو مغمى عليه أو رأته من خلف زجاج أو جسم شفاف طلقت لانها رأته وان رأت خياله في ماء أو مرآة أو ضوءه على حائط أو غيره لم تطلق لانها لم تره وان أكرهت على رؤيته خرج على الوجهين

(باب تعليق الطلاق بالشروط)

يصح ذلك من الزوج ولا يصح من الاجنبي فلو قال ان تزوجت فلانة أو ان تزوجت امرأة فهي طالق لم تطلق ان تزوجها وعنه تطلق

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في هذه المسألة فالمشهور عنه انه لا يقع الطلاق وهو قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن ابن عباس وسعيد بن المسيب وبه قال عطاء والحسن وعروة وجابر بن زيد وسوار القاضي والشافعي وأبو ثور وابن المنذر ورواه الترمذي عن علي رضي الله عنه وجابر بن عبد الله وسعيد بن جبير وعلي بن الحسين وشريح وغير واحد من فقهاء التابعين وروي عن أحمد رحمه الله ما يدل على وقوع الطلاق وهو قول الثوري وأصحاب الرأي لانه يصح تعليق على الاخطار فصح على

(فصل) فإن قال أنت طالق إلا أن نشائي أو بشاء زيد فقالت قد شئت لم تطاق وإن أخرا ذلك طلقت وإن جن من علق الطلاق بمشيئته طلقت في الحال لأنه أرقع الطلاق وعاق رفعه بشرط لم يوجد وكذلك إن مات فإن خرس فشاء بالاشارة خرج فيه وجهان بناء على وقوع الطلاق بأشارته إذا علقه على مشيئته .

(فصل) فإن قال أنت طالق واحدة إلا أن نشائي ثلاثا فلم تشأ أو شئت أقل من ثلاث طلقت واحدة وإن قالت قد شئت ثلاثا فقال أبو بكر تطاق ثلاثا ، وقال أصحاب الشافعي وأبي حنيفة لا تطاق إذا شئت ثلاثا لأن الاستثناء من الإثبات نفى فقديره أنت طالق واحدة إلا أن تشائي ثلاثا فلا تطلق ولأنه لو لم يقل ثلاثا لما طلقت بمشيئتها ثلاثا فكذلك إذا قال ثلاثا لأنه إنما ذكر الثلاث صفة لمشيئتها الراجعة لطلاق الواحدة فيصير كما لو قال أنت طالق إلا أن تكرري بمشيئتكم ثلاثا وقال القاضي فيها وجهان . [أحدهما] لا تطلق لما ذكرنا (والثاني) تطاق ثلاثا لأن السابق إلى الفهم من هذا الكلام إيقاع الثلاث إذا شأنها كما لو قال له لي درهم إلا أن يقيم البيعة بثأته وخذ درهما إلا أن تريد أكثر منه ومنه قول النبي ﷺ « البيعة بالخيار ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار » أي إن بيع الخيار ثبت الخيار فيه بعد تفرقهما وإن قال أنت طالق ثلاثا إلا أن تشائي واحدة فقالت قد شئت واحدة طلقت واحدة على قول أبي بكر وعلى قولهم لا تطاق شيئا .

حدوث الملك كالوصية والاول اصح ان شاء الله تعالى لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله ﷺ « لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ولا عتق فيما لا يملك ولا طلاق لابن آدم فيما لا يملك » قال الترمذي هذا حديث حسن وهو أحسن ما روي في هذا الباب وعن عائشة ان رسول الله ﷺ قال « لا طلاق ولا عتاق فيما لا يملك ابن آدم وإن عيناها » رواه الدارقطني وروى أبو بكر في الشافعي عن الحلل عن الرمادي عن عبد الرزاق عن معمر عن جوير عن الضحاك عن الزال بن سبرة عن علي بن أبي طالب عن النبي ﷺ قال « لا طلاق قبل نكاح » قال أحمد هذا عن النبي ﷺ وعدة من الصحابة ولأن من لا يقع طلاقه بالمباشرة لا تنعقد له صفة كالجنون ولا نطق من سمينا من الصحابة ولم يعرف لهم مخالف في عصرهم فيكون اجماعا قال أبو بكر في كتاب الشافعي لا يختلف قول أبي عبد الله ان الطلاق اذا وقع قبل النكاح لا يقع والرواية الاولى اصح لأنه تعليق للطلاق قبل الملك فأشبهه مالو قال ان دخلت الدار فأنت طالق ثم تزوج الاجنبية ودخلت فان الطلاق لا يقع بغير خلاف لعلمه كذلك هذا

(مسئلة) (وان قال لاجنبية ان قت فانت طالق فتزوجها ثم قامت لم تطاق)

رواية واحدة لا نعلم فيه خلافا لأنه لم يصفه الى زمن يقع فيه الطلاق فأشبهه مالو اسلم في معدوم ولم يذكر له أجلا يوجد السلم فيه

(فصل) فان قال أنت طالق لمشينة فلان أو لرضاء أو له طلقت في الحال لان معناه أنت طالق لكونه قد شاء ذلك أو رضى به أو يرضى به كقوله هو حر لوجه الله أو لرضى الله ، فان قال أردت به الشرط دين ، قال القاضي يقبل في الحكم لانه محتمل ، فان ذلك يستعمل للشرط كقوله أنت طالق لسنة وهذا أظهر الوجهين لأصحاب الشافعي

(فصل) فان قال أنت طالق ان أحببت أو ان أردت أو ان كرهت احتمل ان يتعلق الطلاق بقولها بلسانها قد أحببت أو أردت أو كرهت لان هذه المعاني في القلب لا يمكن الاطلاع عليها إلا من قولها فتعلق الحكم بها كالمشينة ويحتمل أن يتعلق الحكم بما في القلب من ذلك ويكون اللسان دليلا عليه فعلى هذا لو أقر الزوج بوجوده وقم طلاقه وان لم يلفظ به ولو قالت أنا أحب ذلك ثم قالت كنت كاذبة لم تطلق وان قال ان كنت تحبين أن يعذبك الله بالنار فانت طالق فقالت أنا أحب ذلك فقد سئل أحمد عنها فلم يجب فيها بشيء وفيها احتمالان

[أحدهما] لا تطلق وهو قول أبي ثور لان المحبة في القلب ولا توجد من أحد محبة ذلك وخبرها بحبها له كذب معلوم فلم يصلح دليلا على ما في قلبها
(والاحتمال الثاني) أنها تطلق وهو قول أصحاب الرأي لان ما في القلب لا يوقف عليه إلا من لسانها فقتضى تعليق الحكم باللفظ به كاذبة كانت أو صادقة كالمشينة ولا فرق بين قوله ان كنت تحبين ذلك وبين قوله ان كنت تحبينه بقلبك لان المحبة لا تسكون إلا بالقلب

(مسئلة) (وان علق الزوج الطلاق بشرط لم تطلق قبل وجوده) لانه ازالة ملك بني علي التغليب والسراية اشبه العتق

(مسئلة) (وان قال عجات ماعلته لم يتعجل) لانه تعلق بالشرط فلم يكن له تغييره فان أراد تعجيل طلاق سوى تلك الظلقة وقعت بها فاذا جاء الزمن الذي علق الطلاق به وهي زوجته وقع بها الطلاق المعلق

(مسئلة) (وان قال سبق اساني بالشرط ولم ارده وقع في الحال) لانه أقر على نفسه بما يوجب التغليب من غير تنمة وهو يملك ايقاعه في الحال
(فصل) واذا تخال الشرط وحكمه غيرها تخللا منتظا كقوله انت طالق يا زانية ان قت لم يقطع التعليق وقال القاضي يحتمل ان يقطعه ويجعل كسكتة كما لو قال بينهما سبعان الله أو أستغفر الله ذكره صاحب الحرر

(مسئلة) (فان قال انت طالق ثم قال اردت ان قت دين) لانه أعلم بنيته وما ادعاه محتمل فأشبهه ما لو قال انت طالق ثم قال من وثاقي ولم يقبل في الحكم نص عليه لانه يدعي خلاف ما يقتضيه اطلاق اللفظ وقال شيخنا في كتاب الكافي يخرج على روايتين

(فصل) فان قال أنت طالق ان شاء الله تعالى طالت وكذلك ان قال عدي حر ان شاء الله تعالى عنى نص عليه احمد في رواية جماعة وقال ليس هما من الايمان وبهذا قال سعيد بن المسيب والحسن ومكحول وقتادة والزهرى ومالك والقيث والاوزاعي وأبو عبيد وعن أحمد ما يدل على أن الطلاق لا يقع وكذلك العتاق وهو قول طاوس والحكم وأبي حنيفة والشافعي لانه علقه على مشيئة لم يعلم وجودها فلم يقع كما لو علقه على مشيئة زيد وقد قال رسول الله ﷺ « من حلف على يمين فقال ان شاء الله لم يحنث » رواه الترمذي وقال حديث حسن

ولنا ما روى أبو جرة قال سمعت ابن عباس يقول : اذا قال الرجل لامرأته أنت طالق ان شاء الله فهي طالق : رواه أبو حفص بإسناده وعن أبي بردة نحوه

وروى ابن عمر وأبو سعيد قال : كنا مع أشرف أصحاب رسول الله ﷺ نرى الاستثناء جائزاً في كل شيء الا في العتاق والطلاق ذكره أبو الخطاب وهذا قول للاجماع ، وإن قدر أنه قول بعضهم ولم يعلم له مخالف فهو اجماع ، ولأنه استثناء يرفع جملة الطلاق فلم يصح كقوله أنت طالق ثلاثاً الا ثلاثاً ولأنه استثناء حكماً في محل فلم يرتفع بالمشيئة كالبيع والنكاح ، ولأنه إزالة ملك فلم يصح تعليقه على مشيئة الله كما لو قال أبرأتك ان شاء الله أو تعاقب على مالا سبيل الى عله فأشبهه تعالى به على المستحيلات والحديث لاحجة لهم فيه فان العتاق والعتاق انشاء وليس يبين حقيقة وان سمي بذلك فجاز

(احدهما) لا يقبل لما ذكرنا والثانية يقبل لانه محتمل اشبه ما لو قال انت طالق ثم قال اردت من وثاقي وهذا مثله والله أعلم

(فصل) وادوات الشرط ست ان واذا ومتى ومن وأي وكلما

(مسئلة) (وليس فيها ما يقتضي التكرار الا كلما)

لان موضوعها للتكرار قال الله تعالى (كلما أوتدوا ناراً للحرب أطفاها الله) ولا نعلم في ذلك خلافاً فأما متى ففيها وجهان

(احدهما) انها تقتضي التكرار ذكره أبو بكر لأنها تستعمل للتكرار بدليل قول الشاعر

متى تأته تعشو الى ضوء ناره تجد خير نار عندها خير موقد

أي في كل وقت ولأنها تستعمل في الشرط والجزاء ومتى وجد الشرط ترتب عليه جزاؤه (الثاني) لا تقتضيه قال شيخنا وهو الصحيح لأنها اسم زمن بمعنى أي وقت وبمعنى اذا فلا تقتضي ما لا يقتضيانها وكونها تستعمل للتكرار في بعض أحيائها لا يمنع استعمالها في غيره مثل اذا وأي وقت فانها يستعملان في الأمرين قال الله تعالى (واذا رأيت الذين يخوضون في آياتنا فأعرض عنهم — واذا جاءك الذين يؤمنون بآياتنا فقل سلام عليكم — واذا لم تأتهم بآية قالوا لولا اجتبتهم ؟) وقال الشاعر قوم اذا الشر ابدى ناجذيه لهم طاروا اليه زرافات ووحدانا

لا تترك الحقيقة من أجله ثم ان الطلاق انما سمي يمينا اذا كان معاقا على شرط يمكن تركه وفعله ومجرد قوله أنت طالق ليس يمين حقيقة ولا مجازاً فلم يمكن الاستثناء بعد يمين ، وقولهم علقه على مشيئة لا تعلم قلنا قد علمت مشيئة الله بالطلاق بمباشرة الآدمي سببه قال قتادة قد شاء الله حين أذن أن يطلق ولو سلمنا أنها لم تعلم لكن قد علقه على شرط يستحيل علمه فيكون كتعليقه على المستحيلات يلغو ويقع الطلاق في الحال

(فصل) فان قال أنت طالق ان دخلت الدار ان شاء الله فعن أحمد فيه روايتان (احدهما) يقع الطلاق بدخول الدار ولا ينفذه الاستثناء لان الطلاق والعاق ليسا من الايمان ولما ذكرناه في الفصل الاول .

(والثانية) لا تطلق وهو قول أبي عبيد لانه اذا علق الطلاق بشرط صار يمينا وحلفا فصح الاستثناء فيه لعموم قوله عليه السلام « من حلف على يمين فقال ان شاء الله لم يحنت » وفارق ما اذا لم يعلقه فانه ليس بيمين فلا يدخل في العموم

(فصل) فان قال أنت طالق الا أن يشأ الله طلق ووافق أصحاب الشافعي على هذا في الصحيح من المذهب لانه أوقع الطلاق وعاق رفعه بمشيئة لم تعلم ، وان قال أنت طالق ان لم يشأ الله أو لم يشأ الله وقع أيضاً في الحال لاز وقوع طلاقاً اذا لم يشأ الله محال نكفت هذه الصفة ووقع

وكذلك أي وقت وزمان فانهما يستعملان للتكرار وسائر الحروف يجازى بها إلا أنها لما كانت تستعمل للتكرار وغيره لا تحمل على التكرار إلا بدليل كذلك حتى

﴿ مسألة ﴾ (وكلها على التراخي إذا تجردت عن لم فاذا اتصلت بها صارت على الفور إلا ان وفي إذا وجهان) متى علق الطلاق بإيجاد فعل بواحد منها كان على التراخي فان قال إن قت أو إذا قت أو من قام منكن أو أي وقت قت أو متى قت أو كلما قت فأنت طالق فتى قامت طلقت لوجود الشرط وإن مات أحدهما قبل وجود الشرط سقط اليمين

﴿ مسألة ﴾ (وإن اتصلت بها أي بلم صارت على الفور إلا ان فانها على التراخي لأنها لا تقتضي وقتاً إلا ضرورة أن الفعل لا يقع إلا في وقت فهي مطلقة في الزمان كله)

فاذا قال إن لم تدخل الدار فأنت طالق لم يقع الطلاق إلا عند تعذر إبقائه بالموت أو ما يقوم مقامه

﴿ مسألة ﴾ (وفي إذا وجهان) (أحدهما) هي على التراخي وهو قول أبي حنيفة ونصره القاضي لأنها تستعمل شرطاً بمعنى ان قال الشاعر :
* وإذا تصبك خصاصة فتحملي *

فجزم بها كما يجزم بان ولاها تستعمل بمعنى متى وان واذا احتمات الامر ين قالين بقاء النكاح فلا يزول بالاحتمال (والآخر) انها على الفور وهو قول أبي يوسف ومحمد وهو المنصوص عن الشافعي لأنها اسم لزم

الطلاق ويحتمل أن لا يقع بناء على تعليق الطلاق على المحال مثل قوله أنت طالق إن جمعت بين الضدين أو شربت الماء الذي في الكوز ولا ما فيه، وإن قال أنت طالق لتدخلن الدار إن شاء الله لم نطاقي دخلت أو لم تدخل لأنها إن دخلت فقد فعلت المحلوف عليه وإن لم تدخل علمنا أن الله لم يشأ لأنه لو شاء لوجد فإن شاء الله كان وكذلك إن قال أنت طالق لتدخلن الدار إن شاء الله لما ذكرنا، وإن أراد بالاستثناء والشرط رده إلى الطلاق دون الدخول خرج فيه من الخلاف ما ذكرنا في المنجز وإن لم تعلم نيته فالظاهر رجوعه إلى الدخول ويحتمل أن يرجع إلى الطلاق

(فصل) فإن علق الطلاق على مستحيل فقال أنت طالق إن قتلت الميت أو شربت الماء الذي في الكوز ولا ماء فيه أو جمعت بين الضدين أو كان الواحد أكثر من اثنين أو على ما يستحيل عادة كقوله إن طرت أو صعدت إلى السماء أو قلبت الحجر ذهباً أو شربت هذا النهر كله أو حملت الجبل أو شاء الميت ففيه وجهان: (أحدهما) يقع الطلاق في المحال لأنه أردف الطلاق بما يرفع جملة ويمنع وقوعه في المحال وفي الثاني فلم يصح كاستثناء الكل كما لو قالت أنت طالق طلبة لا تقع عليك أو لا تنقص عدد طلاقك (والثاني) لا يقع لأنه علق الطلاق بصفة لم توجد ولأن ما يقصد تبعيده يعلى على المحال كقوله:

إذا شاب الغراب أتيت أهلي - وصار القار كالبن الحليب

مستقبل فتكون كتي وأما المجازاة بها فلا تخرجها عن موضوعها فإن متي مجازي بها لا ترى إلى قول الشاعر متى تأته تشو إلى ضوء ناره تجد خير ناره عندها خير موقد

ومن مجازي بها أيضاً وكذلك أي وسائر الحروف ولم يخرجها ذلك عن كونها لانور في النفي (فصل) وقولهم إن هذه الأدوات الأربع في النفي تكون على الفور صحيح في كلا وأي ومتى فإنها تعم الزمان فإذا قال كلما لم أطلقك أو أي وقت لم أطلقك أو متى لم أطلقك فانت طالق ثم مضى زمن يملك طلاقها فيه ولم يطلقها طلقت لوجود الصفة فإنها اسم لوقت الفعل فيقدر بهذا ولهذا يصح السؤال به فتقول متى دخلت أو أي وقت دخلت أما من فليست من أسماء الزمان أعما تعم الأشخاص فلا يظهر لي أنها تقتضي الفور لذلك فعلى هذا إذا قال من لم أطلقها منكن فهي طالق لم تطلق واحدة منهن إلا أن يتعذر طلاقها كما قلنا في أن . . إذا قال إن لم أطلقك فانت طالق فإن كل واحدة منهما ليست من أسماء الزمان

(مسئلة) (وإن تكرر القيام لم يتكرر الطلاق إلا في كلا وفي متى في أحد الوجهين وقد ذكرنا دليل الوجهين في مقتضى التكرار وعدمه)

(مسئلة) (فإذا قال إذا أكلت رمانة فانت طالق وكذا أكلت نصف رمانة فانت طالق فأكلت رمانة طلقت ثلاثاً لوجود صفة النصف مرتين والجميع مرة فتطلق بكل نصف طلقة وبالرمانة طلقة ولو

أي لا آتيهم أبداً وقبل ان علقه على ما يستحيل عقلا وقم في الحال لانه لا وجود له فلم تعلق به الصفة وبقي مجرد الطلاق فوقه ، وان علقه على مستحيل عادة كالطيران وصعود السماء لم يقع لانه له وجود وقد وجد جنس ذلك في معجزات الانبياء عليهم السلام وكرامات الاولياء فجاز تعلق الطلاق به ولم يقع قبل وجوده ، فاما ان علق طلاقها على نفي فعل المستحيل فقال أنت طالق ان لم تقتلي الميت أو تصعدى السماء طلقت في الحال لانه علقه على عدم ذلك وعدمه معلوم في الحال وفي الثاني فوق الطلاق كما لو قال أنت طالق ان لم أبع عبدي فأت العبد وكذلك لو قال أنت طالق لأشربن الماء الذي في الكوز ولا ماء فيه أو لأقتل الميت وقع الطلاق في الحال لما ذكرناه ، وحكى ابو الخطاب عن القاضي أنه لا يقع طلاقه كما لو حلف يصعدن السماء أو يطيرن فانه لا يحنث والصحيح أنه يحنث فان الحالف على فعل الممتنع كاذب حانث قال الله تعالى (وأقسموا بالله جهد أيمانهم لا يبعث الله من يموت) الى قوله - وإيمل الذين كفروا أنهم كانوا كاذبين / ولو حلف على فعل متصور فصار ممتنعاً حنث بذلك فلأن يحنث بكونه ممتنعاً حال يمينه أولى

(فصل) وإذا حلف لأشربن من هذا النهر فأنصرف منه وشرب حنث وان حلف لأشربن من هذا الأناء فصبر منه في أنا. آخر وشرب وكان الاناء كبيراً لا يمكن الشرب به حنث أيضاً ، وان كان الشرب به ممكناً لم يحنث لان الاناء الصغير آلة للشرب فتصرف يمينه الى الشرب به بخلاف

جعل مكان كذا (ان) لم تطلق الا طلقتين بصفة النصف مرة وبالكمال مرة ولا تطلق بالنصف الا آخر لانها لا تقتضي التكرار

(مسألة) (ولو علق طلاقها على صفات ثلاث فاجتمع في عين واحدة نحو ان يقول ان رأيت رجلاً فأنت طالق وان رأيت أسود فأنت طالق وان رأيت نقيها فأنت طالق فرأت رجلاً أسود فقيها طلقت ثلاثاً) لوجود الصفات الثلاث فيه أشبه ما لو رأته ثلاثاً فيهم الثلاث صفات

(فصل) وهذه الحروف الستة إذا تقدم جزاؤها عليها لم تحتج إلى حرف الفاء في الجزاء كقوله أنت طالق ان دخلت الدار وان تأخر جزاؤها احتاجت في الجزاء الى حرف الفاء إذا كان جملة من مبتدأ وخبر كقوله : إن دخلت الدار فأنت طالق ، وانما اختصت بالفاء لانها للتعقيب فتربط بين الجزاء وشرطه وتدل على تعقبه به .

(مسألة) (وإن قال ان لم أطلقك فأنت طالق لم تطلق إلا في آخر جزء من حياة أحدهما إلا أن يكون له نية)

لان حرف ان موضوع للشرط لا يقتضي زمناً ولا يدل عليه إلا من حيث أن الفعل المعلق به من ضرورته الزمان فلا يتقيد بزمن معين فما علق عليه كان على التراخي سواء في ذلك الاثبات والنفي .

النهر والآناء الكبير فإنه لا تنصرف يمينه إلا إلى الشرب من مائه ولو حلف لا يشرب من بردى فشرب من نهر يأخذ منه لم يحنث وإن حلف لا يشرب من ماء بردى فشرب من نهر يأخذ منه حنث، ذكر نحو ذلك القاضي لأن بردى اسم مكان خاص فإذا تجارزه إلى مكان - واه فشرب منه فما شرب من بردى، وإذا كانت يميناً على مائه فمائه مأوى حيث كان وأمين نقل ولذلك لو حلف لا يأكل من تمر البصرة نأكله في غيرها حنث وإن اغترف من بردى بانه. ونقله إلى مكان آخر فشربه حنث في المسألتين جميعاً لأن اغتراف الماء من بردى، ولو حلف لا يشرب من ماء الفرات لم يحنث إلا بالشرب من ماء النهر المعروف بالفرات، وإن حلف لا يشرب من ماء فرات حنث بالشرب من كل ماء عذب لانه إذا عرفه بلام التعريف انصرف إلى النهر المعروف وإذا نكره صار للعموم فيتناول كل ما يسمى فراتاً وكل عذب فرات قال الله تعالى (وأستقينا كم ماء فراتاً) وقال (وما يستوى البحران هذا عذب فرات وهذا ملح أجاج) ومتى نوى يمينه المحتمل الآخر انصرف إليه ويقبل منه ذلك لأنه قريب لا تبعد إرادته (فصل) ولو حلف لا يشتمه ولا يكلمه في المسجد لم يحنث ولو حلف لا يضربه ولا يشجه ولا يقتله في المسجد ففعل والحالف في المسجد والمحلف عليه في غيره لم يحنث، وإن كان الحالف في غير المسجد والمحلف عليه في المسجد حنث لأن الشتم والكلام قول يستعمل به القائل فلا يعتبر فيه حضور

فعل هذا إذا قال إن لم أطلقك فأنت طالق ولم ينو وقتاً بعينه ولم يطلقها كان على التراخي لا يحنث بتأخره لأن كل زمن يمكن أن يفعل فيه ما حلف عليه فلم يفت الوقت، فإذا مات أحدهما علمنا حنثه حينئذ لأنه يمكن إيقاع الطلاق بها بعد موت أحدهما فتبين أنه يقع إذا لم يبق من حياته ما يتسع لتطبيقها وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ولا نعلم فيه بين أهل العلم خلافاً، ولو قال إن لم أطلق عمره حفصة طالق فأني الثلاثة مات أولاً وقع الطلاق قبل موته لأن تطبيقه حفصة على وجه تنحل به يمينه إنما يكون في حياتهم جميعاً، وكذلك إن قال إن لم أعتق عبدي أو إن لم أضربه فأمرأتي طالق وقع بها الطلاق في آخر جزء من حياة أولهم موتاً، فأما إن عين وقتاً بلفظه أو نيته تعين وتعلقت يمينه به قال أحمد إذا قال إن لم أضرب فلاناً فأنت طالق ثلاثاً فهو على ما أراد من ذلك لأن الزمان المحلوف على ترك الفعل فيه تعين بنيته وإرادته فصار كالصرح به في لفظه فإن مبنى الإيمان على النية لقول النبي ﷺ «وأما لأمريء مانوى»

(فصل) ولا يمنع من وطء زوجته قبل فعل ما حلف عليه، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي، وقال سعيد بن المسيب والحسن والشعبي ومالك وأبو عبيد لا يطأ حتى يفعل لأن الأصل عدم الفعل ووقوع الطلاق. وروى الأثرم عن أحمد مثل ذلك، وقال الأنصاري وربيعة ومالك يضرب له أجل المولي كما لو حلف أن لا يطأها

المشتوم فيوجد من الشاتم في المسجد وان لم يكن المشتوم فيه والكيلام قول فهو كالشتم ، وسائر الافعال المذكورة فعل متعد محله المضروب والمقتول والمشجوع فاذا كان محله في غير المسجد كان الفعل في غيره فيعتبر محل المنهول به ولو حلف لا يقتله يوم الجمعة فخرجه يوم الخميس ومات يوم الجمعة فقال القاضي لا يحنث ، وان جرحه يوم الجمعة فمات يوم السبت فقال يحنث لانه لا يكون مقتولا حتى يموت فاعتبر يوم موته لا يوم فخرجه ، ويتوجه أن يكون الحكم بالعكس في المسائلين فيعتبر يوم جرحه لا يوم موته لان القتل فعل القاتل ولهذا يصح الامر به والنهي عنه ، قال الله تعالى (اقتلوا المشركين - ولا تقتلوا اولادكم) والامر والنهي انما يتوجه الى فعل ممكن فعله وتركه وذلك فعل الآدمي من الجرح ونحوه اما الزهوق ففعل الله لا يؤثر به ولا ينهي عنه ، ولا ييل الآدمي إلا الى تعاطي سببه وهو شرط في القتل فاذا رجد تبين أن الفعل المنفذي اليه كان تملوا ذلك جاز تقديم الكفارة بعد الجرح وقبل الزهوق ولو حلف لا يقتله فمات من جرح كان جرحه لم يبر ، ولو حلف لا يقتله لم يحنث بذلك أيضا ، ويحتمل أن لا يبر حتى يوجد السبب والزهوق معا في يوم الجمعة لان القتل لا يتم إلا بسببه وشرطه ، فالما ينسبته إلى الشرط وحده دون السبب فبعيد

(فصل) إذا قال من بشرني بتقدم أخي فهي طالق فبشرته إحداهن وهي صادقة طلقت وإن كانت كاذبة لم تطلق لان التبشير خبر صدق يحصل به ما يغير البشرية من سرور أو غم ، وان

ولنا أنه نكاح صحيح لم يقع فيه طلاق ولا غيره من أسباب التحريم فحل له الوطء فيه كالموافق ان طلقته فأنت طالق ، وقولهم الاصل عدم الفعل ووقوع الطلاق قلنا هذا الاصل لم يقتض وقوع الطلاق فلم يقتض حكمه ولو وقع الطلاق بعد وطئه لم يضر كما لو طلقها ناجزاً وعلى أن الطلاق ههنا انما يقع في زمن يمكن الوطء بعده بخلاف قوله ان وطقتك فأنت طالق .

(فصل) إذا كان المعلق طلاقاً باتشاً فمات لم يرثها لأن طلاقه أبانها منه فلم يرثها كما لو طلقها ناجزاً عند موتها فان مات ورثته نص عليه أحمد في رواية أبي طالب اذا قال الرجل لزوجته أنت طالق ثلاثاً إن لم أتزوج عليك ومات ولم يتزوج عليها ورثته ، وإن مات لم يرثها وذلك لانها تطلق في آخر حياته فأشبهه طلاقه لها في تلك الحال ونحو هذا قال عطاء ويحيى الانصاري . ويتخرج لنا أنها لا ترثه أيضاً وهذا قول سعيد بن المسيب والحسن والشعبي وأبي عبيد لانه انما طلقها في صحته وانما تحقق شرط وقوعه في المرض فلم ترثه كما لو علقه على فعلها ففعلته في مرضه ، وقال أبو حنيفة إن حلف إن لم تأت البصرة فأنت طالق فلم تفعل فانها لا يتوارثان ، وإن قال إن لم آت البصرة فأنت طالق فمات ورثته وان مات لم يرثها فانه في الاول علق الطلاق على فعلها فاذا امتنعت منه فقد حققت شرط الطلاق فلم ترثه كما لو قال إن دخلت الدار فأنت طالق فدخلتها ، وإذا علقه على فعل نفسه فامتنع كان الطلاق منه فأشبهه ما لو نجزه في الحال ، ووجه الاول أنه طلاق في مرض موته فمعه ميراثها ولم يمنعها كالموطأ

أخبرته به أخرى لم تطلق لان السرور انما يحصل بالخبر الاول فان كانت الاولى كاذبة والثانية صادقة طلقت الثانية لان السرور انما يحصل بخبرها فكان هو البشارة ، وان بشره بذلك اثنان أو ثلاث أو الأربع في دفعة واحدة طلقن كاهن لان من تقع على الواحد فما زاد قال الله تعالى (فمن يعمل مثقال ذرة خيرا يره ومن يعمل مثقال ذرة شرا يره) وقال (ومن يمتن بالله ورسوله وتعمل صالحا نؤتها أجرها مرتين) ولو قل من أخبرني بقدوم أخي فهي طالق فقال القاضي هو كالبشارة لاتطابق الا المخبرة الاولى الصادقة دون غيرها لان مراده خبر يحصل له به العلم بقدومه ولا يحصل ذلك بكذب ولا بغير الاول

ويحتمل أن تطاق كل مخبرة صادقة كانت أو كاذبة أولا كان أو غيره لان الخبر يكون صدقا وكذبا أو لا ومكررا وهو اختيار أبي الخطاب والاول قول القاضي ومذهب الشافعي على نحو هذا التفصيل (فصل) وان قال أول من تقوم منكم فهي طالق أو قال لعبيده أول من قام منكم فهو حر تمام الكل دفعة واحدة لم يقيم طلاق ولا عتق لانه لا أول فيهم وان قام واحد أو واحدة ولم يقيم بعده أحد احتل وجهين (أحدهما) يقيم الطلاق والعتق لان الاول مالم يسبقه شيء وهذا كذلك (والثاني) لا يقيم طلاق ولا عتق لان الاول ما كان بعده شيء ، ولم يوجد ، فعلى هذا لا يحكم بوقوع ذلك ولا انتفائه حتى يتبين من قيام أحد منهم بعدد فتتحل يمينه وان قام اثنان أو ثلاثة دفعة واحدة وقام بعدهم آخر

ابتداء ولان الزوج آخر الطلاق اختياراً منه حتى وقع ما علق عليه في مرضه فصار كالباشر له ، فأما ما ذكره عن أبي حنيفة فحسن إذا كان الفعل مما لا مشقة عليها فيه لان تركها له كفعلها لما حلف عليها لتركه ، وإن كان مما فيه مشقة فلا ينبغي أن يسقط ميراثها بتركه ، كما او حلف عليها بترك ما لا بد لها من فعله .

(فصل) إذا حلف ليفعل شيئاً ولم يعين له وقتاً بافظه ولا نيته فهو على التراخي أيضاً لان لفظه مطلقاً بالنسبة إلى الزمان كله فلا يتقيد بدون تقييده ولذلك لما قال الله تعالى في الساعة (قل بلى وربى لتأتينكم) وقال (قل بلى وربى لتبينن ثم لتنبؤن بما علمتم) وذلك على التراخي ولما قال الله (لتدخلن المسجد الحرام ان شاء الله آمنين) كان ذلك على التراخي فان الآية نزات في نوبة الحديبية في سنة ست وتأخر الفتح إلى سنة ثمان ولذلك روي عن عمر أنه قال قلت للنبي ﷺ أو ليس كنت تحدثنا أناسنا في البيت وتتطوف به ؟ قال « بلى أفأخبرتكم أنك آتية العام ؟ » قلت لا قال « فانك آتية ومطوف به » وهذا لا خلاف فيه نعلمه .

﴿ مسألة ﴾ (وان قال اذا لم أطلقك فأنت طالق ولم يطلقها فهل تطلق في الحال ؟ على وجهين)

بناء على قولنا هي على الفور أو على التراخي وقد ذكرنا وجه القولين

﴿ مسألة ﴾ (وإن قال كلما لم أطلقك فأنت طالق فمضي زمن يمكن فيه طلاقها ثلاثاً ولم يطلقها

وقع الطلاق والعتيق بالجماعة الذين قاموا في الأول لان الأول يقع على الكثير والقليل قال الله تعالى (ولا تكونوا أول كافر به)

وحكي عن القاضي فيمن قال أول من يدخل من عبيدي فهو حر فدخل اثنان دفعة واحدة ثم دخل بعدهما ثالث لم يعتق واحد منهم وهذا بعيد فانهم قد دخل بعضهم بعد بعض ولا أول فيهم وهذا لا يستقيم الا أن يكون قال أول من يدخل منكم وحده ولم يدخل بعد الثالث أحد فانه لو دخل بعد الثالث أحد عتيق الثالث لكونه أول من دخل وحده وإذا لم يقل وحده فان لفظة الأول تناول الجماعة كما ذكرنا وقال النبي ﷺ « أول من يدخل الجنة فقراء المهاجرين »

ولو قال : آخر من يدخل منكم الدار فهي طالق فدخل بعضهم لم يحكم بطلاق واحدة منهم حتى يتبين من دخول غيرها بموته أو موته أو غير ذلك فتيين وقوع الطلاق بآخر من دخولا من حين دخلت وكذلك الحكم في العتيق

(فصل) وإذا حلف يميناً على فعل بلفظ عام وأراد به شيئاً خاصاً مثل ان حلف لا يغتسل الليلة وأراد الجنابة أو لا قربت لي فراشا وأراد ترك جماعها أو قال ان تزوجت فعبيدي حر وأراد امرأة معينة أو قال ان دخل إلي رجل أو قل أحد فامرأتي طالق وأراد رجلاً بعينه أو حلف لا يأكل خبزاً يريد خبز البر أو لا يدخل داراً يريد دار فلان أو قال ان خرجت فأنت طالق يريد الخروج إلى

طلقت ثلاثاً (لان كلما تقتضي التكرار على ما بينا قال الله تعالى (كلما جاء أمرة رسولها كذبوه) فيقتضي زمن تكرار الطلاق بتكرار الصفة والصفة عدم طلاقها ، فإذا مضى زمن يمكن فيه أن يطلقها ولم يفعل فقد وجدت الصفة فتقع واحدة وثانية وثالثة ان كانت مدخولاً بها وان لم تكن مدخولاً بها بانتهى بالاولى ولم يلزمها ما بعدها لان البائن لا يقع عليها طلاق

(مسألة) (ولو قال العامي أن دخلت الدار فأنت طالق بفتح الهمزة فهو شرط لان العامي لا يريد بذلك إلا الشرط ولا يعرف أن مقتضاها التعليل فلا يريد ، فلا يثبت له حكم مالا يعرفه ولا يريد كما لو نطق بكامة الطلاق بلسان لا يعرفه ، وان كان نحوياً وقع في الحال لان أن المفتوحة ليست للشرط إنها هي لتعليل فعناه أنت طالق لانت دخلت الدار أو لدخولك الدار ، كقوله تعالى (ينون عليك ان أسلموا - ونحز الجبال هدأ ان دعوا الرحمن ولداً - وبخروج الرسول واباكم أن تؤمنوا بالله ربكم) قال القاضي هذا التفصيل قياس المذهب ، وحكي عن الحال أن حكم النحوي حكم العامي في أنه لا يقع طلاقه بذلك الا أن ينويه لان الطلاق يحمل على العرف في حقهما جميعاً ، وقال أبو بكر تطلق في الحال في حقهما جميعاً عملاً بمقتضى اللغة ، واختلاف أصحاب الشافعي على ثلاثة أوجه (أحدها) يقع في الحال في حقهما جميعاً كقول أبي بكر (والثاني) يكون شرطاً في حق العاص وتعليلاً في حق النحوي على ما ذكره القاضي (والثالث) يتم الطلاق إلا أن يكون من أهل الاعراب فيقول أردت الشرط. فيقبل

الحمام أو قال إن مشيت وأراد استطلاق البطن فإن ذلك يسمى مشيا قال النبي ﷺ لا امرأة « ثم تستمشين » ويقال شربت مشيا ومشوا إذا شرب دواء يشبهه فإن يمينه في ذلك على ما رواه وبتين فيما بينه وبين الله تعالى وهل يقبل في الحكم؟ يخرج على روايتين، قال أحمد في الظاهر فيمن قال لا مرأته إن قربت لي فراشا فأنت علي كظهر أمي فجاءت فقالت علي فراشه فقال أردت الجماع لا يلزمه شيء. وقال الشافعي ومحمد بن الحسن لا يقبل قوله في الحكم في هذا كله لأنه خلاف الظاهر.

ولما أنه فسر كلامه بما يحتمله فتقبل كما لو قال أنت طالق أنت طالق رقل أردت بالثانية التوكيد (فصل) وإن حلف يميناً عامة اسبب خاص وله نية حمل عليها ويقبل قوله في الحكم لأن السبب دليل على صدقه، وإن لم ينو شيئاً فقد روي عن أحمد ما يدل على أن يمينه تختص بما وجد فيه السبب، ذكره الحنفي فقال فإن لم يكن له نية رجع إلى سبب اليمين وما هيجهما فظاهر هذا أن يمينه مقصورة على محل السبب، وهذا قول أصحاب أبي حنيفة.

وروي عن أحمد ما يدل على أن يمينه تحمل على العموم فإن قال فيمن قال لله علي أن لا أصيد في هذا النهر لظلم رأه فتغير حاله فقال النذر يوفي به وذلك لأن اللفظ دليل الحكم فيجب الاعتبار به في الخصوص والعموم كما في لفظ الشارع.

ووجه الأول أن السبب الخاص يدل على قصد الخصوص ويقوم مقام النية عند عدمها لئلا يأنه

لأنه لا يجوز صرف الكلام عن مقتضاه إلا بقصده، فإن قال أنت طالق إذا دخلت الدار طلفت في الحال لأن إذ الماضي ويحتمل أن لا يقع لأن الطلاق لا يقع في زمن ماض كقوله أنت طالق أمس (مسئلة) (وإن قل إن قت وأنت طالق طلفت في الحال لأن الواو ليست جواباً للشرط فإن قل أردت بها الجزاء أو أردت أني أجعل قيامها وطلاقها شرطين لشيء ثم أمسكت بدين لأن ما قاله محتمل وهل يقبل في الحكم؟ على روايتين)

[إحداهما] لا يقبل لأنه خلاف الظاهر (والثانية) يقبل لأن قوله يحتمله وهو أعلم بمراده، وإن جعل لهذا جزاء فقال إن دخلت الدار وأنت طالق فعبدني حر صحر ولم يعتق العبد حتى تدخل الدار وهي طالق لأن الواو ههنا للحال كقول الله تعالى (لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ولو قل إن دخلت الدار طالقاً فأنت طالق فدخلت وهي طالق طلفت أخرى لأن هذا حال فجرى مجرى قوله إن دخلت الدار رابكة.

(فصل) فإن قال إن دخلت الدار أنت طالق لم تطلق حتى تدخل، وبه قال بعض الشافعية وقال محمد بن الحسن تطلق في الحال لأنه لم يملكه بدخول الدار بالفاء التي إنما يتعلق بها فيكون كلاماً مستأنفاً غير معاق بشرط، فيثبت حكمه في الحال.

ولما أنه أتى بحرف الشرط. فبدل بذلك على أنه أراد يتعلق وإنما حذف الفاء وهي مرادة كما

عليها فوجب أن يختص به اللفظ العام كالتنية ، وفارق لفظ الشارع فإنه يريد بيان الأحكام فلا يختص بمحل السبب ليكون الحاشية داعية إلى معرفة الحكم في غير محل السبب . فعلى هذا لو قامت امرأته لتخرج فقال إن خرجت فأنت طالق فرجعت ثم خرجت بعد ذلك أو دعاه انسان إلى غدائه فقال امرأتي طالق إن تغديت ثم رجعت فتغدى في منزله لم يحنث على الاول ويحنث على الثاني ، وإن حلف لمعامل أن لا يخرج إلا بأذنه أو حلف بذلك على امرأته أو مملوكه فعزل المعامل وطلق المرأة وباع المملوك أو حلف على وكيل فعزل خرج في ذلك كله - وهذا

(فصل) وإن قال ان دخل داري أحد فامرأتي طالق فدخلها هو أو قال لانسان إن دخل دارك أحد فعبدني حر فدخلها صاحبها فقال القاضي لا يحنث لان قرينة حال المتكلم تدل على انه إنما يحلف على غيره ويمنع من سواء فيخرج هو من العموم بالقرينة ويخرج المخاطب من اليمين بها أيضا ويحتمل أن يحنث أخذاً بعموم اللفظ وإعراضاً عن السبب كما في التي قبلها

(فصل) وإذا قال لامرأته إن وطئت فانت طالق انصرفت يمينه إلى جهاتها ، وقال محمد بن الحسن يمينه على الوطء ، باقدهم لانه الحقيقة ، وحكي عنه انه لو قال أردت به الجماع لم يقل في الحكم ولما أن الوطء إذا أضيف إلى المرأة كان في العرف عبارة عن الجماع ولهذا يفهم منه الجماع في لفظ الشارع في مثل قول النبي ﷺ « لا نوطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تتبرأ بحبضة »

يحذف المبتدأ نارة والخبر أخرى دلالة باقي الكلام على الحذف ، ويجوز أن يكون حذف الفاء على التقديم والتأخير ومهما أمكن حمل كلام العقل على قاعدة وتصحيحه عن الفاسد واجب ، وفيما ذكرنا تصحيحه وفيما ذكرناه إلقاءه ، وإن قال أردت لا يقع في الحال ، ونع لانه يقر على نفسه بما هو أعظم ، وإن قال أنت طالق وإن دخلت الدار وقع الطلاق في الحال لان معناه أنت طالق في كل حال ولا يمنع من ذلك دخلك الدار كقول النبي ﷺ « من قال لا إله إلا الله دخل الجنة ، وإن زنى إن سرق » وقال ﷺ « صلهم وإن قطعوك وأعظمهم وإن حرروك » ، وإن قال أردت الشرط دين وهل يقبل في الحكم ؟ يخرج على روايتين ، فإن قال ان دخلت الدار فأنت طالق وإن دخلت الأخرى فمضى دخلك الأولى طافت سواء دخلت الأخرى أم لم تدخل ولا تطلق الأخرى وقال ابن الصباغ تطرق بدخول كل واحدة منها ومقتضى اللغة ما قلناه ، وإن قال أردت جعل اثني شرطاً لطلاقها أيضاً طافت بكل واحدة منها لانه يقر على نفسه بما هو أعظم ، وإن قال أردت أن دخول الثانية شرط لطلاق الثانية ، فهو على ما أراد ، وإن قال ان دخلت الدار وإن دخلت الأخرى فأنت طالق بقدر قيل لا يطاق إلا بدخولها لانه جعل طلاقها جزءاً للذين الشرطين ويحتمل أن تطلق باحدهما أيهما كان لانه ذكر شرطين بحرطين فيقتضي كل واحد منهما جزءاً فترك ذكر جزء الاول وكان الجزء الآخر دالاً عليه كما لو قال ضربت وضربني زيد ، قال الفرزدق

فيجب حمله عند الاطلاق عليه كسائر الاسماء العرفية من الظعينة والراوية وأشباهما ولا يحنث حتى تغيب الحشفة في الفرج ، وان حلف ايجامها أو لا يجامها انصرف الى الوطء في الفرج ولم يحنث بالجماع دون الفرج وان أنزل لان مبنى الأيمان على العرف والعرف ما قلناه

وان حلف لاقتضضتك فانتقضها باصبع لم يحنث لان المهود من إطلاق هذه اللفظة وطء البكر وان حلف على امرأة لا يملكها أن لا ينكحها فيمينه على العقد لان إطلاق النكاح ينصرف اليه وان كان ما نكحها بنكاح أو ملك يمين فهو على وطئها لان قرينة الحال صارفة عن العقد عليها لكونها معقوداً عليها

(فصل) وان قل ان أمرتك فخالفني فأنت طالق ثم نهاها فخالفته فقال أبو بكر لا يحنث وهو قول الشافعي لأنها خالفت نهيه لأمره ، وقال أبو الخطاب يحنث إذا قصد أن لا يخالفه أو لم يكن ممن يعرف حقيقة الامر والنهي لانه اذا كان كذلك فالما يريد نفي المخالفة ، ويحتمل أن تطلق بكل حال لان الامر بالشئ نهى عن ضده والنهي عنه أمر بضده فقد خالفت أمره ، وان قال لها إن نهيتني عن نفع أمي فأنت طالق فقالت له لا تعطها من مالي شيئاً لم يحنث لان إعطاءها من مالها لا يجوز ولا يجوز النفع به فيكون هذا النفع محرماً فلا يتناوله يمينه. ويحتمل أن يحنث لانه نفع ولفظه عام فيدخل المحرم فيه

(فصل) فان قال لامرأته إن خرجت إلى غير الحمام فأنت طالق فخرجت إلى غير الحمام طلقت سواء عدت إلى الحمام أو لم تعدل ، وان خرجت إلى الحمام ثم عدت إلى غيره فقياس المذهب أنه

ولكن نصفاً أو سببت وسبني بنو عبد شمس من قريش وهاشم والتقدير سبني هؤلاء وسببتهم ، وقال الله تعالى (عن اليمين وعن الشال قعيد) أي عن اليمين قعيد وعن الشال قعيد .

(فصل) ولو قال أنت طالق لو قت كان ذلك شرطاً بمنزلة قوله إن قت ويحكي هذا عن أبي يوسف لأنها لو لم تكن للشرط لكانت لغواً ، والاصل اعتبار كلام المكلف وقيل يقع الطلاق في الحال وهذا قول بعض أصحاب الشافعي لأنها بعد الاثبات تستعمل لغير المنع كقوله تعالى (وانه لقسم لو تعلمون عظيم - ورأوا العذاب لو أنهم كانوا يهتدون) وإن قال أردت أن أجعل لها جواباً دين ، وهل يقبل في الحكم؟ يخرج على روايتين

﴿مسئلة﴾ (وإن قال إن قت فقعدت فأنت طالق أو إن قت ثم قعدت لم تطلق حتى تقوم ثم قعدت لانها حرفا ترتيب وكذلك إن قال إن قعدت إذا قت أو إن قعدت إن قت لان اللفظ اقتضى تعليق الطلاق بالقعود بعد القيام

(فصل) وإن قال إن قت إذا قعدت أو إن قت إن قعدت لم تطلق حتى تقعد ثم تقوم وكذلك إن قال أنت طالق إن أكلت إذا لبست أو إن أكلت إن لبست أو إن أكلت متى لبست لم تطلق حتى تلبس ثم تأكل ويسميه النحويون اعتراض الشرط على الشرط فيقتضى تقديم المتأخر وتأخير المتقدم

يبحث لان ظاهر هذه اليمين المانع من غير الحمام فكيفما صارت اليه حنث كما لو خالفت لفظه ،
ويحتمل أن لا يبحث وهو قول الشافعي لانها لم تفعل ما حلف عليه ويتناول لفظه ، وان خرجت إلى
الحمام وغيره وجمعتها في القصد ففيه وجهان (أحدهما) يبحث لانها خرجت إلى غير الحمام وانضم
اليه غيره فحنث بما حلف عليه كما لو حلف لا يكلم زيدا فكلم زيدا أو عمرأ (الثاني) لا يبحث لانها ما خرجت
إلى غير الحمام بل الخروج مشترك ونقل الفضل بن زياد عن احمد أنه سئل إذا حلف بالاطلاق أن
لا يخرج من بغداد إلا انزهة فخرج إلى النزهة ثم سر إلى مكة فقال النزهة لا تكون إلى مكة فظاهر
هذا أنه أحسنه ووجهه ما تقدم ، وقال في رجل حلف بالاطلاق أن لا يأتي أرمينية إلا باذن امرأته فقالت
امرأته اذهب حيث شئت فقال لا حتى تقول إلى أرمينية والصحيح أنه متى أذنت له اذنا عما لم يبحث قال
القاضي وهذا من كلام احمد محمول على أن هذا خرج مخرج الغضب والكراهة ولو قالت هذا بطيب قلبها
كان اذنا منها وله الخروج ، وان كان بلا طعام

(فصل) فان حلف ليرحان من هذه الدار أو ليخرج من هذه المدينة ففعل ثم عاد إليها لم
يبحث إلا أن تكون نيته أو سبب يمينه يتقضي عدم الرجوع إليها لان الحلف على الخروج والرحيل
وقد فعلها وقد نقل عنه اسماعيل بن سعيد اذا حلف على رجل أن يخرج من بغداد فخرج ثم رجع قد
مضت يمينه لا شيء عليه ونقل عنه مثني بن جامع فيمن قال لامرأته أنت طالق إن لم ترحل من هذه

لانه جمل الثاني في اللفظ شرطاً للذي قبله والشرط يتقدم المشروط . قال الله تعالى (ولا ينفعكم نصحي
إن أردت أن أنصح لكم إن كان الله يريد أن يغويكم) فلو قال لامرأته ان أعطيتك ان وعدتك ان
سألتني فأنت طالق لم تطلق حتى تسأله ثم يعدها ثم يعطيها لانه شرط في العطية الوعد وفي الوعد
السؤال فكأنه قال إن سألتني فوعدتك فأعطيتك وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال القاضي إذا
كان الشرط باذا كقولنا وفيما إذا كان بان مثل قوله إن شربت إن أكلت أنها تطلق بوجودها كيفما
وجدنا قال لان أهل العرف لا يعرفون ما يقوله أهل العربية في هذا فتعلقت اليمين بما يعرفه أهل العرف
بخلاف ما إذا كان الشرط باذا . قال شيخنا والصحيح الاول وليس لأهل العرف في هذا عرف فان
هذا الكلام غير متداول بينهم ولا ينطقون به إلا نادراً فيجب الرجوع فيه إلى مقتضاه عند
أهل اللسان والله أعلم .

(مسألة) (وإن قال إن قت وقعت فأنت طالق طلقت بوجودها كيفما كان)

لان الواو لا تقتضي ترتيباً ولا تطلق بوجود أحدها لانها للجمع فلم يقع قبل وجودها جميعاً وعنه
أنها تطلق بوجود أحدها وخرجه القاضي وجهاً بناء على إحدى الروايتين فيمن حلف لا يفعل شيئاً
ففعل بعضه والاول أصح وهذه الرواية بعيدة جداً تخالف الاصول ومقتضى اللغة والعرف وعامة أهل

الدار إن لم يدرك الموت ولم ينو شيئاً هي إلى أن تموت فإن رحل لم يرجع ومعنى هذا أنه إن أدركه الموت قبل إمكان الرحيل لم يحنث ، وإن أمكنه الرحيل فلم يفعل لم يحنث حتى يموت أحدهما فيقيم بها الطلاق في آخر أوقات الامكان ، وأما قوله إن رحل لم يرجع فمحمول على من كان ليمينه سبب يقتضي هجران الدار على الدوام ونقل مهنا في رجل قال لامرأته إن وهبت كذا فأنت طالق فإذا هي قد وهبت قال أخاف أن يكون قد حنث قال القاضي هذا محمول على أنه قال إن كنت وهبته والا فلا يحنث حتى يتبدى هبته لأن اليمين تقتضي فعلاً مستقبلاً يحنث به وما فعات ما حلف عليه بسبب ليمينه ونقل عنه أيضاً في رجل قال لامرأته إن رأيتك تدخلين الدار فأنت طالق فهو على نيته إن أراد أن لا تدخلها حنث ، وإن كان نوى إذا رآها لم يحنث حتى يراها تدخل وهو كما قال فإن مبنى اليمين على النيات سيما والرؤية نطاق على الدلم كقول الله تعالى (ألم تر كيف فعل ربك بعاد) ونحوه ومتى لم تكن له نية ولا سبب هناك يدل على إرادته مع الدخول بمجرد لم يحنث حتى يراها تدخل الدار لأنه الذي تناوله لفظه ونقل عنه المروزي في رجل أقرض رجلاً دراهم فحلف أن لا يقبلها ، وكان الرجل ميتاً تعطى الورثة يعني إذا مات الحالف يوفي الورثة ولا يبرأ بيمينه لأنها ليست إبراء فلا يسقط الحق بها

(فصل) ولو قال امرأتي طالق إن كنت أملك الالمائة وكان يملك أكثر من مائة أو أقل حنث فإن نوى أني لأملك أكثر من مائة لم يحنث بملك مادونه وإن قال إن كنت أملك أكثر من مائة فامرأتي طالق وكان يملك أقل من المائة لم يحنث لأنه صادق

العلم فانه لا خلاف بينهم في أنه إذا علق الطلاق على شرطين مرتبين في مثل قوله إن قت فقعدت أنه لا يقع بوجود أحدهما فكذلك هنا ثم يلزم على هذا ما لو قال إن أعطيتني درهمين فأنت طالق أو إذا مضى شهران فأنت طالق فانه لا خلاف في أنها لا تطلق قبل وجودهما جميعاً وكان قوله يقتضي الطلاق باعطائه بعض درهم ومضي يوم وأصول الشرع تشهد بأن الحكم المعلق بشرطين لا يثبت إلا بها وقد نص أحمد رحمه الله في أنه إذا قال إذا حضت حيضة فأنت طالق أو إذا صمت يوماً فأنت طالق أنها لا تطلق حتى تحيض حيضة كاملة وإذا غابت الشمس من اليوم الذي يصوم فيه طلقت وأما اليمين فانه متى كان في لفظه أو نيته ما يقتضي جميع الحلوف عليه لم يحنث إلا بفعل جميعه وفي مسئلتنا ما يقتضي تعاقب الطلاق بالشرطين لتصريح بهما وجماعهما شرطاً للطلاق والحكم لا يثبت بدون شرطه على أن اليمين مقتضاها المنع مما حلف عليه فيقتضي المنع من فعل جميعه كمنهي الشارع عن شيء يقتضي المنع من كل جزء منه كما يقتضي المنع من جملته وما علق على شرط جميل جزاء وحكماً والجزاء لا يوجد بدون شرطه والحكم لا يتحقق قبل تمام شرطه لغة وعرفاً وشرعاً

(مسئله) (وإن قال إن قت أو قعدت فأنت طالق طلقت بوجود أحدهما)

لأن أو لاحد الشئيين ، وكذلك إن قال إن أكلت أو إن لبست أو لا أكلت ولا لبست لأن

(فصل) فان قال لامرأته ياطالق أنت طالق إن دخلت الدار طلقت واحدة بتو له ياطالق وبقيت أخرى معلقة بدخول الدار ، ولو قال أنت طالق ثلاثا ياطالق ان دخلت الدار فان كانت له نية رجم اليها وإلا وقعت واحدة بالنداء وبقيت الثلاث معلقة على دخول الدار وكذا لو قال أنت طالق بازائية ان دخلت الدار وعاد الشرط إلى الطلاق دون القذف ، وقال محمد بن الحسن يرجع الشرط اليهما في المثلثين فلا يقع بهما في الحال شيء ، والاو لى أن يرجع الشرط الى الخبر الذي يصح فيه التصديق والتكذيب وجرت العادة بتعليقه بالشرط بخلاف النداء والقذف الذي لا يوجد ذلك فيه

(فصل) فان قال لامرأته أنت طالق مريضة بالنصب أو الرفع ونوى به وصفها بالمرض في الحال طلقت في الحال ، وإن نوى به أنت طالق في حال مرضك لم تطاق حتى تمرض لان هذا حال والحال مفعول فيه كالظرف ويكون الرفع لحنا لان الحال منصوب وان أطلق ونصب انصرف الى الحال لان مريضة اسم نكرة جاء بعد تمام الكلام وصفا لمعرفة فيكون حالا ، وان رفع فالاولى وقوع الطلاق في الحال ويكون ذلك وصفا لطاقي الذي هو خبر المبتدا وان أسكن احتمل وجهين (أحدهما) وقوع الطلاق في الحال لان قوله أنت طالق يقتضي وقوع الطلاق في الحال فقد تيقنا وجود المقتضي وشككنا فيما يمنع حكمه فلا نزول عن اليقين بالشك

أو تقتضي تعليق الجزاء على واحد من المذكور ، كقوله سبحانه (فمن كان منكم مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر)

(فصل في تعليقه بالحيض) قال الشيخ رحمه (إذا قال لامرأته إن حضت فأنت طالق طلقت بأول الحيض لان الصفة وجدت وكذلك حكما أنه حيض في المنع من الصلاة والصيام فان بان أن الدم ليس بحيض لم تطلق ، وبه قال الثوري وأصحاب الرأي لانا تبينا أن الصفة لم توجد (فصل) وإذا قال لظاهر إذا حضت حيضة فأنت طالق لم تطاق حتى تحيض ثم تطهر نص عليه لانها لا تحيض حيضة إلا بذلك ولا تعدد بالحيضة التي هي فيها لانها ليست حيضة كاملة ، وإن قال إذا حضت حيضة فأنت طالق وإذا حضت حيضتين فأنت طالق فخاضت حيضة طلقت طلقة واحدة فاذا حاضت الثانية عند طهرها وإن قال إذا حضت حيضة فأنت طالق ثم اذا حضت حيضتين فأنت طالق لم تطالق الثانية حتى تطهر من الحيضة الثالثة لان ثم للترتيب فمقتضي حيضتين بعد الطلقة الاولى لكونهما مرتبتين عليها .

﴿ مسألة ﴾ (وإذا قال إذا حضت نصف حيضة فأنت طالق طلقت إذا ذهب نصف الحيضة) وينبغي أن يحكم بوقوع الطلاق إذا حاضت نصف عادت لان الاحكام تعلقت بالعادة فيتعلق بها وقوع الطلاق ، ويحتمل أن لا يقع الطلاق حتى يمضي سبعة أيام ونصف لانا لا نتيقن مضي نصف الحيض الا بذلك الا أن تطهر لافل من ذلك ومتى طهرت تبينا وقوع الطلاق في نصف الحيضة ،

(والثاني) لا يقع الا في حال مرضها لان ذكره المرض في سياق الطلاق يدل على تعالقه به وتأثيره فيه ولا يؤثر فيه إلا اذا كان حالاً

﴿ مسألة ﴾ قال واذا قال أنت طالق اذا قدم فلان فقدم به ميتاً أو مكرها لم تطلق

أما اذا قدم به ميتاً أو مكرها محمولا فلا نطق لانه لم يقدم إنما قدم به وهذا قول الشافعي، ونقل عن أبي بكر أنه يحنث لان الفعل ينسب اليه ولذلك يقال دخل الطعام البلد اذا حمل اليه ، ولو قال أنت طالق اذا دخل الطعام البلد طمئت اذا حمل اليه

ولنا أن الفعل ليس منه والفعل لا ينسب الى غير فاعله الا مجازاً والكلام عند اطلاقه لحقيقته اذا أمكن ، وأما الطعام فلا يمكن وجود الفعل منه حقيقة فتعين حمل الدخول فيه على مجازة ، وأما إن قدم بنفسه لا كراه فعلي قول الحرقي لا يحنث وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، وقال أبو بكر يحنث وحكاه عن أحمد لان الفعل منه حقيقة وينسب اليه قال الله تعالى (وسيق الذين كفروا الى جهنم زمراً حتى اذا جاؤوها) وبصح أمر المكره بالفعل قال الله تعالى (أدخلوا أبواب جهنم) ولولا أن الفعل يتحقق منه لما صح أمره به ووجه الاول أنه بالاكراه زال اختياره فاذا وجدت الصفة منه كان كوجود الطلاق منه مكرها وهذا فيما اذا أطلق وإن كانت له نية حمل عليها كلامه وتقيدها

وحكي عن القاضي أنه يلغو قوله نصف حيضة فعلى هذا يتعلق طلاقها بأول الدم لانها لا نصف لها فيكون كقوله إذا حضت وقيل يلغو قوله نصف فهو كقوله اذا حضت حيضة ، والاول أصح فان الحيض له مدة أقلها يوم وليلة أو يوم فيكون له حقيقة والجهل بقدر ذلك لا يمنع وجوده وتعلق الحكم به كالحمل .

﴿ مسألة ﴾ (وإن قال اذا طهرت فأنت طالق وكانت طاهراً لم تطلق حتى تحيض ثم تطهر)

وهذا يحكى عن أبي يوسف ، وقال بعض أصحاب الشافعي الذي يقتضيه مذهب الشافعي أنها تطلق بما يتجدد من طهرها وكذلك قال في قوله اذا حضت فأنت طالق فكانت حائضاً أنها تطلق بما يتجدد من الحيض لانه قد وجد منها الحيض والطهر فوقع الطلاق لوجود صفته

ولنا أن اذا اسم لزمان مستقبل يقتضي فعلاً مستقبلاً ، وهذا الطهر والحيض مستدام غير متجدد ولا يفهم من اطلاق حاضت المرأة وطهرت الا ابتداء ذلك فتعلقت الصفة به فأما اذا قال اذا طهرت فأنت طالق وهي حائض طلقت بانتطاع الدم قبل الغسل نص عليه أحمد في رواية ابراهيم الحرابي وذكر أبو بكر في التنبيه فيها قولاً أنها لا تطلق حتى تغتسل بناء على العدة في أنها لا تنقضي الا بالغسل ولنا أن الله تعالى قال (ولا تقر بهن حتى يطهرن) أي ينقطع دمهن فاذا تطهرن أي اغتسلن ولانه قد ثبت لها أحكام الطهارات في وجوب الصلاة وصحة الطهارة والصيام وانما بقي بعض الاحكام

(فصل) وإن قدم مختاراً حث الحالف سواء علم القادم باليمين أو جهلها ، قال أبو بكر الحلال يقع الطلاق قولاً واحداً ، وقال أبو عبد الله بن حامد ان كان القادم ممن لا يمتنع من القـدم بيمينه كالسلطان والحاج والرجل الاجنبي حث الحالف ولا يعتبر علمه ولا جهله ، وإن كان ممن يمتنع باليمين من القـدم كغفارة لها أو لاحدهما أو غلام لاحدهما فجهل اليمين أو نسيها فالحكم فيه كما لو حلف على فعل نفسه ففعله ناسياً أو جاهلاً وفي ذلك روايتان كذلك ههنا وذلك لانه اذا لم يكن ممن تمنعه اليمين كان تعليقاً للطلاق على صفة ولم يكن يميناً فأشبهه ما لو علمه على طلوع الشمس ، وان كان ممن يمتنع كان يميناً فيعذر فيها بالنسيان والجهل وينبغي أن يعتبر على هذا القول نية الحالف وقرائن أحواله الدالة على قصده فان كان قصده بيمينه منع القادم من القـدم كان يميناً وان كان قصده جملة صفة في طلاقها مطلقة لم يكن يميناً ويستوي فيه علم القادم وجهله ونسيانه وجنونه وفاقته مثل أن يقصد طلاقها اذا حصل معها محرماً ولا يطلقها وحدها وتعتبر قرائن الاحوال ففى علق اليمين على قـدم غائب بعيد يعلم أنه لا يعلم اليمين ولا يمتنع بها أو على فعل صغير أو مجنون أو من لا يمتنع بها لم تكن يميناً ، وإن علق ذلك على فعل حاضر يعلم بيمينه ويمتنع لاجلها عن فعل ماعلق الطلاق عليه كان يميناً ومتى أشكلت الحال فينبغي أن يقع الطلاق لان لفظه يقتضي وقوع الطلاق عند وجود هذه الصفة على العموم وانما ينصرف عن ذلك بدليل فتمت شككنا في الدليل التخصص وجب العمل بمقتضى العموم

وقوفا على وجود الغسل ولانها ليست حائضاً فيلزم أن تكون طاهراً لانها ضدان على التعيين فيلزم من انتفاء أحدهما وجود الآخر .

(مسئلة) (واذا قالت قد حضت وكذبها قبل قولها في نفسها في أحد الروايتين بغير يمين لانها أمانة على نفسها)

وهذا قول أبي حنيفة والشافعي وهو ظاهر المذهب لان الله قال (ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن) قيل هو الحيض والحمل ولولا أن قولها فيه مقبول ما حرم الله عليها كتمانها وصار كقوله تعالى (ولا تكتموا الشهادة) لما حرم كتمانها دل على قبولها كذا ههنا ولانه معنى فيها لا يعرف الا من جهتها فوجب الرجوع الى قولها فيه كقضاء عدتها (والرواية الثانية) لا يقبل قولها ويختبرها النساء بادخال قطنه في الفرج في الزمان الذي ادعت الحيض فيه فان ظهر الدم فهي حائض والا فلا . قال أحمد في رواية مهنا في رجل قال لامرأته اذا حضت فانت طالق وعبدى حر قالت قد حضت ينظر اليها النساء فتعطى قطنه فتخرجها فان خرج الدم فهي حائض تطاق ويمتق العبد ، قال أبو بكر وهذا أقول لان الحيض يمكن التوصل الى معرفته من غيرها فلم يقبل فيه مجرد قولها كدخول الدار والاول المذهب ولعل أحمد انما اعتبر البينة في هذه الرواية من أجل عتق العبد فان قولها انما يقبل في حق نفسها دون غيرها وهل تعتبر يمينها اذا قلنا القول قولها على وجهين بناء على ما اذا ادعت أن زوجها طلقها أو أنكرها

(فصل) فان قال إن تركت هذا الصبي يخرج فأنات طالق فانفلت الصبي بغير اختيارها فخرج فان كان نوى أن لا يخرج فقد حنث وان نوى أن لا ندعه لم يحنث نص أحد على معنى هذا وذلك لان اليمين اذا وقعت على فعلها فقد فعل الخروج عن غير اختيار منها فكانت كالملكه اذا لم يمكنها حفظه ومنعه ، وان نوى فعله فقد وجد وحنث وان لم تعلم نيته انصرفت يمينه إلى فعلها لانه الذي تناوله لفظه فلا يحنث الا اذا خرج بتفريطها في حفظه أو اختيارها

(فصل) فان حلف لا تأخذ حنك مني فأكرهه على دفعه اليه وأخذه منه قهراً حنث لان المحلوف عليه فعل الاخذ وقد أخذه مختاراً ، وان أكرهه صاحب الحق على أخذه خرج على الوجهين فيمن أكره على القدوم ، وان وضعه الخالف في حجره أو بين يديه أو الى جنبه فلم يأخذه لم يحنث لان الاخذ ما وجد وان أخذه الحاكم أو السلطان من الغريم فدفعه الى المستحق فأخذه فقال القاضي لا يحنث وهو مذهب الشافعي لانه ما أخذه منه ، وان قال لا تأخذ حنك علي حنث لانه قد أخذ حنك الذي عليه والمنصوص عن أحمد أنه يحنث في الصورتين قاله ابو بكر وهو الذي يتضمنه مذهبه لان الايمان عنده على الاسباب لاعلى الاسماء ، ولانه لو وكل وكيلاً فأخذه منه كان أخذ الحق منه عرفاً ويسمى أخذاً قال الله تعالى (وأخذنا منهم ميثاقاً غليظاً) وقال (ولقد أخذ الله ميثاق بني اسرائيل وبعثنا منهم اثني عشر نقيباً) وان كانت اليمين من صاحب الحق فعلم لا أخذت حنك منك فالتزم به فيها كاني قبلها

ولا يقبل قولها الا في حق نفسها خاصة دون غيرها من طلاق أخرى أو عتق عبد نص عليه أحمد في رجل قال لامرأته اذا حضت فانت طالق وهذه معك لامرأة أخرى قالت قد حضت من ساعتها تطلق هي ولا تطلق هذه حتى تعلم لانها مؤتمنة في حق نفسها دون غيرها فصارت كالودع يقبل قوله في الرد على المودع دون غيره .

(مسئلة) (ولو قال قد حضت فانكرته طلقت باقراره)

لانه أقرب بما يوجب طلاقها فاشبه ما لو قال قد طلقتها

﴿مسئلة﴾ (فان قال إن حضت فأنات وضرتك طالق ففالت قد حضت وكذبها طلقت وحدها) لان قولها مقبول على نفسها ولا تطلق الضرة إلا أن تقم بينة على حيضها وإن ادعت الضرة أنها قد حضت لم تقبل لان معرفتها بحيض غيرها كعرفة الزوج به وانما أوغمت على نفسها في حيضها ، وإن قال قد حضت وأنكرت طلقتا باقراره .

﴿مسئلة﴾ (وإن قال لامرأته إن حضت فأنات طالق ففالتا قد حضتا فصدقها طلقنا)

لانها أقرتا وصدقها فوجدت الصفة في حقهما وإن كذبها لم تطلق واحدة منهن لان طلاق كل واحدة منهما معلق على شرطين حيضها وحيض زوجها ولا يقبل قول زوجها عليها فلم يوجد الشرطان وإن كذب احدهما طلقت المكذبة وحدها لان قولها مقبول في حقها وقد صدق الزوج

فإن تركها الغريم في أثناء متاع في خرج ثم دفع الخرج الى الخائف فأخذه ولم يعلم انها فيه لم يحنث لان هذا ليس بمعدود أخذاً ولا يبرأ به الغريم منها فإن كانت اليمين لأعطيتك حنك فأخذه الحاكم منه كرها فدفعه الى الغريم لم يحنث ، وإن أكرهه على دفعه اليه فدفعه خرج على الوجهين في المكروه ، وإن أعطاه باختياره حنث ، وإن وضعه في حجره أو جيبه أو صندوقه وهو يعلم حنث لانه أعطاه ، وإن دفعه الى الحاكم اختياراً ليدفعه الى الغريم فدفعه أو أخذه من ماله باختياره فدفعه الى الغريم حنث وقال القاضي لا يحنث وقياس المذهب أنه يحنث لانه أوصله اليه مختاراً فأشبهه مالو دفعه إلى وكيله فأعطاه إياه ولأن الايمان على الاسباب لا على الامم على ما ذكرناه فيما مضى

(فصل) فإن قال ان رأيت أبك فأنت طالق فرأته ميتاً أو نائماً أو مغشى عليه أو رأته من خلف زجاج أو جسم شفاف طالت لانها رأته وإن رأت خياله في ماء أو مرآة أو صورته على حائط أو غيره لم تطلق لانها لم تره ، وإن أكرهت على رؤيته خرج على الوجهين

﴿مسئلة﴾ قال (وإذا قال لمدخول بها أنت طالق أنت طالق لزمه تطليقتان إلا أن يكون أراد بالثانية افهامها أن قد وقعت بها الاولى فتلزمه واحدة وإن كانت غير مدخول بها بانتهى بالاولى ولم يلزمها مابعدا لانه ابتداء كلام)

وجملة ذلك أنه إذا قال لامرأته المدخول بها أنت طالق مرتين ونوى بالثانية ايقاع طلقة ثانية

ضررها فوجد الشرطان في طلاقها ولم تطلق المصدقة لان قول ضررها غير مقبول في حقها ولم يصدقها الزوج فلم يوجد شرط طلاقها

﴿مسئلة﴾ (وإن قال ذلك لاربع فقد عاق طلاق كل واحدة منهن على حيض الاربع فإن قلن قد حضن فصدقهن طلقن)

لانه قد وجد حيضهن بتصديقه وإن كذبهن لم تطلق واحدة منهن لان شرط طلاقهن حيض الاربع ولم يوجد وإن صدق واحدة أو اثنتين لم تطلق واحدة منهن لانه لم يوجد الشرط لكون قول كل واحدة منهن لا يوجد إلا في نفسها وإن صدق ثلاثاً طلقت المكذبة وحدها لان قولها مقبول في حيضها وقد صدق الزوج صوابها فوجد حيض الاربع في حقها فطلقت ولا تطلق المصدقات لان قول المكذبة غير مقبول في حقهن .

﴿مسئلة﴾ (وإن قال كلما حاضت إحداكن فضرأثرها طواق)

فقد جعل حيض كل واحدة منهن شرطاً لطلاق ضرأثرها فقلن قد حضن فصدقهن طلقت كل واحدة منهن لان قولهن غير مقبول عليهن في طلاق غيرهن وإن صدق واحدة منهن لم تطلق لانه لا ليس لها صاحبة ثبت حيضها وطلقت ضرأثرها طلقة لان لمن صاحبة قد ثبت حيضها وإن صدق اثنتين طلقت كل

وقعت بها طلقتان بلا خلاف ، وإن نوى بها انفامها أن الأولى قد وقعت بها أو التأكيد لم تطلق إلا واحدة وإن لم تكن له نية رقم طلقتان وبه قال أبو حنيفة ومالك وهو الصحيح من قول الشافعي ، وقال في الآخر تطلق واحدة لأن التكرار يكون للتأكيد والافهام ويحتمل الإيقاع فلا توقع طلقاً بالشك ولنا أن هذا اللفظ للإيقاع ويتضمن الوقوع بدليل ما لو لم يقدمه مثله وأنا بنصرف عن ذلك بنية التأكيد والافهام فإذا لم يوجد ذلك وقع مقتضاه كما يجب العمل بالعموم في العام إذا لم يوجد الخصوص وبالإطلاق في المطلق إذا لم يوجد المفيد ، فأما غير المدخول بها فلا تطلق إلا طلقاً واحدة سواء نرى الإيقاع أو غيره وسواء قال ذلك منفصلاً أو متصلاً وهذا قول أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث وعكرمة والنخعي ومحمد بن أبي سليمان والحكم والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وأبي عبيد وابن المنذر وذكره الحكم عن علي وزيد بن ثابت وابن مسعود ، وقال مالك والأوزاعي والليث يقع بها طلقتان ، وإن قال ذلك ثلاثاً طلقت ثلاثاً إذا كن متصلاً لأنه طاق ثلاثاً بكلام متصل أشبه قوله أنت طالق ثلاثاً ولنا أنه طلاق مفروق في غير المدخول بها فلم تقع الأولى كما لو فرق كلامه ولأن غير المدخول بها تبين بطلانها لأنه لا عدة عليها فتصايفها الطلقة الثانية بائناً فلم يمكن وقوع الطلاق بها إلا غير زوجة وأنا تطلق الزوجة ولأنه قول من سميناهم الصحابة ولا نعلم لهم مخالفاً في عصرهم فيكون إجماعاً

(فصل) فإن قال أنت طالق ثم مضى زمن طريل ثم أعاد ذلك للمدخل بها طلقت ثانية ولم يقبل

واحدة منها طلقاً لأن كل واحدة منها ضرة مصدقة وطلقت المكذبتان طلقين طلقين لأن لكل واحدة منها ضررتين مصدقتين وإن صدق ثلاثاً طلقت المكذبة ثلاثاً لأن لها ثلاث ضرائر مصدقات وطلقت كل واحدة من المصدقات طلقين لأن لكل واحدة ضررتين مصدقتين

(فصل) إذا قال لامرأته ان حضمتا حيضة واحدة فأنتا طلقتان لم تطلق واحدة منهما حتى تحيض كل واحدة منهما حيضة واحدة ويكون التقدير ان حاضت كل واحدة منكما حيضة واحدة فأنتا طلقتان ويكون كقوله تعالى (فاجلدوهن ثمانين جلدة) أي فاجلدوا كل واحد منهما ثمانين جلدة ، ويحتمل أن يتعلق بها الطلاق بحيض احدهما حيضة لأنه لما تعذر وجود الفل منكما وجب اضافته إلى احدهما كقوله تعالى (يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان) وإنما يخرج من احدهما . وقال القاضي يلغو قوله حيضة واحدة لان حيضة واحدة من امرأتين محال فيبقى كأنه قال ان حضمتا فأنتا طلقتان وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي والوجه الآخر لا تنقد هذه الصفة لأنها مستحيلة فيصير كتعليق الطلاق بالمستحيلات . والوجه الأول أولى لأن فيه تصحيح كلام المسكوب بحمله على محل سائغ وتبعيداً لوقوع الطلاق واليقين بقاء النكاح فلا يزول حتى يوجد ما يقع به الطلاق يقيناً وغير هذا الوجه لا يحصل به اليقين فإن أراد بكلامه أحد هذه الوجوه حمل عليه وإذا ادعى ذلك قبل منه وإذا قال أردت ان تكون الحيضة الواحدة منها فهو تعليق للطلاق بمستحيل فيحتمل أن يلغو قوله حيضة

قوله نويت التوكيد لان التوكيد تابع للكلام بشرطه أن يكون متصلا به كسائر التوابع من العطف والصفة والبدل (فصل) وكل طلاق يترتب في الوقوع ويأتي به بعد بعض لا يقع بغير المدخول بها منه أكثر من طلقة واحدة لما ذكرناه ويقع بالمدخول بها ثلاث إذا أوقعها مثل قوله أنت طالق فطالق فطالق أو أنت طالق ثم طالق ثم طالق أو أنت طالق ثم طالق وطالق أو فطالق وأشبه ذلك لان هذه حروف تقتضي الترتيب فتقع بها الاولى فتبينها فتأتي الثانية فتصادفها باثنا عشر زوجة فلا تقع بها، وأما المدخول بها فتأتي الثانية فتصادف محل النكاح فتقع وكذلك الثالثة، وكذلك لو قال أنت طالق بل طالق وطالق ذكره أبو الخطاب

ولو قال أنت طالق طلقة قبل طلقة أو بعد طلقة أو بعدها طلقة أو طلقة فطلقة أو طلقة ثم طلقة وقع بغير المدخول بها طلقة وبالمدخول بها طقتان لما ذكرنا من أن هذا يقتضي طلقة بعد طلقة (فصل) وان قال أنت طالق طلقة قبلها طلقة فكذلك ذكره القاضي وهذا ظاهر مذهب الشافعي وقال بعضهم لا يقع بغير المدخول بها شيء بناء على قولهم في المسئلة السريحية، وقال أبو بكر يقع طقتان وهو قول أبي حنيفة لانه استحالة وقوع الطلقة الاخرى قبل الطلقة الموقعة فوقعت معها لانها لما تأخرت عن الزمن الذي قصد إيقاعها فيه لكونه زمنا ماضيا وجب إيقاعها في أقرب الأزمنة اليه

ويحتمل أن يقع الطلاق لان هذه الصفة لا توجد فلا يوجد ماعلق عليها ويحتمل أن يقع الطلاق في الحال ويبلغو الشرط بناء على ما ذكرناه في تعليق الطلاق على المستحيل

(فصل) إذا كان له أربع نسوة فقال أيتكن لم أطأها فضرأثرها طواق وقيدته بوقت فضي الوقت ولم يطأهن طلقن ثلاثا ثلاثا لان لكل واحدة ثلاث ضرائر غير موطوءات وإن وطئ ثلاثا وترك واحدة لم تطلق المتروكة لانها ليس لها ضررة غير موطوءة وتطلق كل واحدة من الموطوءات طلقة طلقة وإن وطئ اثنتين طلقنا طلقتين وإن لم يقيد بوقت كان وقت الطلاق مقيدا بعمره وعمرهن فأيتهن مانت طلقت كل واحدة من ضرأثرها طلقة طلقة وإذامات أخرى فكذلك وإذامات هو طلقن كلهن في آخر جزء من حياته

(فصل في تعليقه بالحمل) قال شيخنا رحمه الله تعالى (إذا قال ان كنت حاملا فأنت طالق فتبين انها كانت حاملا تبينا وقوع الطلاق من حين اليمين والا فلا)

ويعلم حملها بان ولد لاقل من ستة أشهر من حين اليمين فيقع الطلاق لوجود شرطه، وان ولدت لاكثر من أربع سنين لم تطلق لاننا علمنا ببراءتها من الحمل وان ولدت لاكثر من ستة أشهر ولاقل من أربع سنين ولم يكن لها من يطؤها طلقت لانها كانت حاملا وان كان لها زوج يطؤها فولدت لاقل من ستة أشهر من حين وطئها طلقت لاننا علمنا انه ليس من الوطء وان ولدته لاكثر من ستة أشهر من حين وطئ الزوج بعد اليمين ولاقل من أربع سنين من حين عقد الصفة لم تطلق لان يقين النكاح باق والظاهر

وهو معها ولا يلزم تأخيرها إلى ما بعدها لأن قبليه زمن يمكن الوقوع فيه وهو زمن قريب فلا يؤخر إلى البعيد مع إمكان القريب

ولنا أن هذا طلاق بمضيه قبل بعض فلم يقع بغير المدخول بها جميعه كما لو قال طلقة بعد طلقة ولا يتمتع أن يقع التأخر في انطئه متندا كما لو قال طلقة بعد طلقة أو قال أنت طالق طلقة غداً وطلقة اليوم ولو قال جاء زيد بعد عمرو أو جاء زيد وقبله عمرو أو أعط زيداً بعد عمرو كان كلاماً صحيحاً يفيد تأخير المتقدم لفظاً عن المذكور بعده وليس هذا طلاقاً في زمن ماض وإنما يقع إيقاعه في المستقبل مرتباً على الوجه الذي رتبته ولو قدر أن إحداها موقفة في زمن ماض لا يتمتع وقوعها وحدها ووقعت الأخرى وحدها وهذا تامل القاضي لكونه لا يقع إلا واحدة والأول من التعليل أصح أن شاء الله تعالى

(فصل) فإن قال أنت طالق طلقة معها طلقة وقع بها طلقتان وإن قال معها اثنتان وقع بها ثلاث في قياس المذهب وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي . وقال أبو يوسف يقع طلقة لأن الطلقة إذا وقعت مفردة لم يمكن أن يكون معها شيء

ولنا أنه أوقع ثلاث طلقات بلفظ يقتضي وقوعهن معاً فوقعن كلهن كما لو قال أنت طالق ثلاثاً ولا نسلم أن الطلقة تقع مفردة فإن الطلاق لا يقع بمجرد التلفظ به إذا لو وقع بذلك لما صح تعليقه بشرط ولا صح وصفه بالثلاث ولا بغيرها ، وكذلك الحكم لو قال إذا طلقتك فأنت طالق معها طلقة ثم قال أنت طالق فأنها طالق طلقتين لما ذكرنا

حدوث الولد من الوطء لأن الأصل عدمه قبله

(مسألة) (وان قال ان لم تكوني حاملاً فانت طالق فهي بالعكس)

ففي كل موضع يقع الطلاق في التي قبلها لا يقع ههنا وفي كل موضع لا يقع ثم يقع ههنا لأنها ضدها إلا إذا أنت بولد لا أكثر من ستة أشهر ولا قل من أربع سنين هل يقع الطلاق ههنا ؟ فيه وجهان (أحدهما) تطلق لأن الأصل عدم الحمل قبل الوطء والثاني لا تطلق لأن الأصل بقاء النكاح

(مسألة) (ويحرم وطؤها قبل استبرائها في إحدى الروايتين أن كان الطلاق بائناً نص عليه أحمد) وكذلك يحرم في التي قبلها لاحتمال الحمل فغلب التحريم وقال القاضي يحرم الوطء وإن كان الطلاق رجعيًا سواء قلنا أن الرجمية مباحة أو محرمة لأنه يمنع المعرفة بوقوع الطلاق وعدمه وقال أبو الخطاب فيه رواية أخرى أن الوطء لا يحرم لأن الأصل بقاء النكاح وبراءة الرحم من الحمل فإن استبرأها حل ووطؤها على الروايتين ويكفي في الاستبراء حيضة قال أحمد في رواية أبي الخطاب إذا قال لامرأته حتى حمات فانت طالق لا يقربها حتى نحيض فإذا طهرت ووطئها فإن تأخر حيضها أريت النساء من أهل المعرفة فإن لم يوجدن أو خفي عليهن انتظر عليهما تسعة أشهر غاب مدة الحمل، وذكر القاضي رواية أخرى أنها تستبرأ بثلاثة تروء لأنه استبراء الحرة وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي قال شيخنا

(فصل) فان قال أنت طالق طلقة بعدها طلقة ثم قال أردت اني أوقع بعدها طلقة دين وهل يقبل في الحكم؟ يخرج على روايتين، وان قال أنت طالق طلقة قبلها طلقة وقال أردت اني طلقها قبل هذا في نكاح آخر أو ان زوجا قبلي طلقها دين وهل يقبل في الحكم؟ على ثلاثة أوجه (أحدها) يقبل (والآخر) لا يقبل (والثالث) يقبل ان كان وجد وان لم يكن وجد لم يقبل والصحيح انه اذا لم يكن وجد لا يقبل لانه لا يحتمل ما قاله

(فصل) فان قل أنت طالق طالق طالق وقال أردت التوكيد قبل منه لان الكلام يكرر للتوكيد كقوله عليه السلام «فكأحبا باطل باطل باطل» وان قصد الايقاع وكرر الطلقات طلقت ثلاثا، وان لم ينو شيئا لم يقع إلا واحدة لانه لم يأت بينهما بحرف يقتضي المغايرة فلا يكن متغيرات، وان قال أنت طالق وطالق وقال أردت بالثانية التأكيد لم يقبل لانه غير بينهما وبين الأولى بحرف يقتضي العطف والمغايرة وهذا يمنع التأكيد وأما الثالثة فهي كالثانية في لفظها، فان قال أردت بها التوكيد دين وهل يقبل في الحكم؟ يخرج على روايتين (أحدهما) يقبل وهي مذهب الشافعي لانه كرر لفظ الطلاق مثل الاول فقبل تفسيره بالتأكيد كما لو قال أنت طالق أنت طالق

(والثانية) لا يقبل لان حرف العطف والمغايرة فلا يقبل ما يخالف ذلك كما لا يقبل في الثانية ولو قل أنت طالق فطالق أو أنت طالق ثم طالق ثم طالق فالحكم فيها كالتي عطفها بالوار، وان

والصحيح ما ذكرناه لان المقصود معرفة براءة رحمها وهو يحصل بحیضة بدليل قوله عليه السلام «لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تستبرأ بحیضة» يعني حتى تعلم براءتها من الحمل بحیضة ولان ما تعلم به البراءة في حق الامة والحره واحد لانه امر حقيقي لا يختلف بالرق والحرية، وأما العدة ففيها نوع تعبد لا يجوز ان يعدى بالقياس وهل يعتد بالاستبراء قبل عقد اليمين أو بالحیضة التي حلف فيها؟ على وجهين (أصحهما) الاعتداد به لانه يحصل به ما يحصل بالاستبراء بعد اليمين (والثاني) لا يعتد به لان الاستبراء لا يقدم على سببه ولانه لا يعتد به في استبراء الامة المملوكة قال أحمد اذا قال لامرأته اذا حملت فأنت طالق يوطؤها في كل طهر مرة يعني اذا حاضت ثم طهرت حل ووطؤها لان الحيض علم على براءتها من الحمل ووطؤها سبب له فاذا وطئها اعتزلها لاحتمال ان تكون قد حملت من وطئها فطلقت به

(مسئلة) (واذا قال ان كنت حاملا بذكر فانت طالق واحدة وان كنت حاملا بانثى فانت طالق اثنتين فولدت ذكرا وانثى طلقت ثلاثا لوجود الصفة)

ولو قال إن كان حملك غلاما فأنت طالق واحدة وإن كان حملك جارية فأنت طالق اثنتين فولدت غلاما وجارية لم تطلق لان حملها كله ليس بغلام ولا جارية. ذكره القاضي في الجرد وأبو الخطاب، وبه قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي وقال القاضي في الجامع في وقوع الطلاق وجهان بناء على الروايتين فيمن حلف لا لبست ثوبا من غزلها فلبس ثوبا فيه من غزلها

غابر بين الحروف تقل أنت طالق وطالق ثم طالق أو طالق ثم طالق وطالق أو طالق وطالق فطالق
ومحو ذلك لم قبل في شيء منها ارادة التوكيد لان كل كلمة مفارقة لما قبلها بخلافه لها في لفظها والتوكيد انما
يكون بتكرير الاول بصورته

(فصل) ولو قال أنت مطقة أنت مسرحة أنت مفارقة وقال أردت التوكيد بالثانية والثالثة
قبل لانه لم يغابر بينهما بالحروف الموضوعة للمفارقة بين الالفاظ بل أعاد اللفظة بعينها ومثل هذا
يعاد توكيداً وان قال أنت مطقة ومسرحة ومفارقة وقال أردت التوكيد احتمل أن يقل منه لان اللفظ
المختلف يعطف بعضه على بعض توكيداً كقوله * فألفى قولها كذباً وميناً * ويحتمل أن لا يقبل لان
الواو تنقضي المفارقة بأشبهه ما لو كان بلفظ واحد

﴿مسئلة﴾ قال (وأذا قال لغير مدخول بها أنت طالق وطالق وطالق لزمه الثلاث
لانه نسق وهو مثل قوله أنت طالق ثلاثاً)

وبهذا قال مالك والاوزاعي والليث وربيعة وابن أبي ليلى وحكي عن الشافعي في القديم ما يبدل
عليه ، وقال الثوري وأبو حنيفة والشافعي وأبو ثور لا يقع إلا واحدة لانه أوقع الاولى قبل الثانية
فلم يقع عليها شيء آخر كما لو فرقها
ولما أن الواو تنقضي الجمع ولا ترتيب فيها فتكون موقعا لثلاث جميعا فيقعن عليها كقوله أنت

(فصل) في تعليقه بالولادة إذا قال إن ولدت ذكرأ فأنت طالق واحدة وإن ولدت أنثى فانت
طالق اثنتين فولدت ذكرأ ثم أنثى طلقت بالاول وبانت بالثاني ولم تطلق به . ذكره أبو بكر لان العدة
انقضت بوضعه فصادفها الطلاق فلم يقع كما لو قال اذا مت فانت طالق ، وهذا قول الشافعي وأصحاب
الرأي وحكي عن ابن حامد أنها تطلق لان زمن البينونة زمن الوقوع فلا تنافي بينهما ، والصحيح الاول
لما ذكرنا وقد نص أحمد فيمن قال أنت طالق مع موتي أنها لا تطلق فهذا أولى فان ولدتها دفعة واحدة
طلقت ثلاثاً لوجود الشرطين .

﴿مسئلة﴾ (فان أشكل كيفية وضعها وقعت واحدة ييقن ولغا ما زاد فلا تلزمه الثانية لانه
مشكوك فيه والورع أن يلتزمها)

وهذا قول الشافعي وأصحاب الرأي ، قال القاضي قياس المذهب أن يقرع بينهما لانه يحتمل كل
واحدة منهما احتمالاً مساوياً للآخرى فيقرع بينهما كما لو أعتق عبديه معاً ثم نسيه فان قال ان كان أول
ما تلدين ذكرأ فانت طالق واحدة وان كان أنثى فانت طالق اثنتين فولدتها دفعة واحدة لم يقع بها
شيء لانه لا أول فيهما فلم توجد الصفة وان ولدتها دفعتين طلقت بالاول وبانت بالثاني ولم تطلق به
الا على قول ابن حامد وقد ذكرناه

طالق ثلاثا أو طلقة معها طلقتان ، وينارق ما اذا فرقا فانها لا تقع جميعا وكذلك اذا عطف بعضها على بعض بحرف يقتضي الترتيب فان الاولى تنفك قبل الثانية بمتنفي إبقاء ، وهما لا تقع الاولى حين نطقه بها حتى يتم كلامه بدليل أنه لو الحتمه استثناء أو شرطاً أو صفة لحق به ولم يقع الاول مطلقاً ولو كان يقع حين تلفظه لم يلحقه شيء من ذلك ، وإذا ثبت أنه يقف وقوعه على تمام الكلام فانه يقع عند تمام كلامه على الوجه الذي اقتضاه لفظه ، ولفظه يقتضي وقوع الطلقات الثلاث مجتمعات وهو معنى قول الحارثي لانه نسق أي غير مفترق ، فان قيل انما وقف أول الكلام على آخره مع الشرط والاستثناء لانه مغير له ، والعطف لا يغير فلا يقف عليه وتبين أنه وقع أول ما لفظ به ولذلك لو قال لها أنت طالق أنت طالق لم يقع إلا واحدة ، قلنا ما لم يتم الكلام فهو عرضة للتغيير اما بما يخصه بزمان أو يقيد به بغيره كالشرط واما بما يمنع بعضه كاستثناء واما بما يبين عدد الواقع كالصفة بالعدد وأشياء هذا فيجب أن يكون واقعاً ولولا ذلك لما وقع بغير المدخول بها ثلاث بحال لان لو قال لها أنت طالق ثلاثا فوقعت بها طلقة قبل قوله ثلاثا لم يمكن أن يقع بها شيء آخر ، وأما إذا قال أنت طالق أنت طالق فماتان جملتان لا تتعلق إحداها بالآخرى ولو تعقب إحداها شرط أو استثناء أو صفة لم يتناول الأخرى ولا وجه لوقوف إحداها على الأخرى والمعطوف مع المعطوف عليه شيء واحد لو تعقبه شرط لعاد إلى الجميم ، ولان المعطوف لا يستقل بنفسه ولا يفيد بمفرده بخلاف قوله أنت طالق فانها جملة مفيدة لا تتعلق لها بالآخرى فلا يصح قياسها عليها

(مسألة) (ولا فرق بين أن تلده حياً أو ميتاً)

لان الشرط ولادة ذكر أو أنثى وقد وجد ، لان العدة تنقضي به وتصير به الجارية أم وله كذلك هذا (فصل) إذا قل ان كنت حاملاً بسلام فأنت طالق واحدة وان ولدت أنثى فأنت طالق اثنتين فولدت غلاماً كانت حاملاً به وقت لين تبينا أنها طلقت واحدة حين حلف وانقضت عدتها بوضعها وان ولدت أنثى طلقت ولادتها طلقتين واعتدت بالقرو ، وان ولدت غلاماً وجارية وكان الغلام أولهما ولادة تبينا أنها طلقت واحدة وبانت برض الجارية ولم نطابق بها إلا على قول ابن حامد وان كانت الجارية ولدت أولاً طلقت ثلاثاً واحدة بحمل الغلام واثنتين بولادة الجارية وانقضت عدتها بوضع الغلام .

(فصل) فان كان له أربع نسوة ، فقال كلما ولدت واحدة منك فضرأثرها طوالت فولدت دفعة واحدة طلقن كلهن ثلاثاً ثلاثاً وان ولدن في دفعات وقع بضرأثر الأولى طلقة طائفة فاذا ولدت الثانية بانت بوضع الولد ولم تطلق وهل يطلق سائرهن ؟ فيه احتمالان [أحدهما] لا يقع بهن طلاق لأنها لما انقضت عدتها بانت فلم يبقين ضرأثر لها والزواج إنما علق بولادتهما طلاق ضرأثرها .

(فصل) فان قال أنت طالق طلقين ونصفا فهي عندنا كالتي قبلها يقع الثلاث ، وقال غزنوي يقع طلقتان ، وان قال ان دخلت الدار فأنت طالق وكرر ذلك ثلاثا فدخلت طلقت ثلاثا في قول الجميع لان الصفة وجدت فاقضى وقوع الثلاث دفعة واحدة ، وان قال ان دخلت الدار فأنت طالق وطالق وطالق فدخلت الدار طلقت ثلاثا وبه قال ابو يوسف ومحمد وأصحاب الشافعي في أحد الوجهين وقال ابو حنيفة يقع واحدة لان الطلاق المعاق اذا وجدت الصفة يكون كأنه أوقعه في تلك الحال على صفته ولو أوقعه كذلك لم يقع إلا واحدة

ولنا انه وجد شرط وقوع ثلاث طلقات غير مرتبات فوقع الثلاث كالتي قبلها ، وان قال اذا دخلت الدار فأنت طالق طلقة معها طلقتان فدخلت طلقت ثلاثا وذكر مثل هذا بعض أصحاب الشافعي ولم يحك عنهم فيه خلافا

(فصل) وان قال لغير مدخول بها أنت طالق ثم طالق ثم طالق ان دخلت الدار ، أو ان دخلت الدار فأنت طالق ثم طالق ثم طالق ، أو ان دخلت فأنت طالق فطالق فطالق فدخلت طلقت واحدة فبانت بها ولم يقع غيرها وبهذا قال الشافعي ، وذهب القاضي الى أنها تطلق في الحال واحدة تبين بها وهو قول أبي حنيفة في الصورة الاولى لان ثم تقطع الاولى عما بعدها لانها المهلة فتكون الاولى موقفة والثانية معانة بالشرط ، وقال ابو يوسف ومحمد لا يقع حتى تدخل الدار فيقع بها ثلاث لان دخول الدار شرط لثلاث فوقعت كما لو قال ان دخلت الدار فأنت طالق وطالق وطالق

(والوجه الثاني) يقع بكل واحدة طلقة طلقة لانهن ضرائرها في حال ولادتها ، فعلى هذا يقع بكل واحدة من اللتين لم يلدن طلقتان طلقتان وتبين هذه ، ويقع بالوالدة الاولى طلقة فاذا ولدت الثالثة بانث وفي وقوع الطلاق بالباقيتين وجهان ، فاذا قلنا يقع بهن طلقت الرابعة ثلاثا الاولى طلقين وبانت الثانية والثالثة وليس فيهن من له رجعتها إلا الاولى ما لم تنقض عدتها واذا ولدت الرابعة لم تنقض واحدة منهن وتنقض عدتها بذلك ، وان قال كلما ولدت واحدة منكن فساركن طوالت أو فباقيكم طوالت فكلما ولدت واحدة منهن وقع بباقيهن طلقة طلقة وتبين والدة بوضع ولدها الا الاولى ، والفرق بين هذه وبين التي قبلها أن الثانية والثالثة يقع الطلاق بباقيهن بولادتهما ههنا وفي الأولى لا يقع لانهن لم يقعن ضرائرها وههنا لم يقعن بذلك وان قال كلما ولدت واحدة منكن فأنتن طوالت فذلك إلا أنه لا يقع على الاولى طلقة بولادتها ، فان كانت الثانية حاملا باثنتين فوضعت الاولى منها وقع بكل واحدة من ضرائرها طلقة في المسائل كلها ووقع بها طلقة في المسئلة الثالثة ، وإذا وضعت الثالثة أو كانت حاملا باثنتين فذلك فطلق الرابعة وتطلق كل واحدة من الوالدات طلقين طلقين في المسئلتين الاولىين وثلاثا ثلاثا في المسئلة الثالثة ثم كلما وضعت واحدة منهن تمام حملها انقضت به عدتها ، قال القاضي إذا كان له زوجتان فقال كلما ولدت واحدة منك فأنتن طلقتان ، فولدت إحداهما يوم الخميس طلقنا

ولما أن ثم للعطف وفيها ترتيب فتعلمت التطبيقات كلها بالدخول لان العطف لا يمنع تعاقب الشرط بالمعطوف عليه ويجب الترتيب فيها كما يجب لو لم يلقه بالشرط وفي هذا انفصال عما ذكره ولان الاولى تلي الشرط فلم يحز وقوعها بدونه كما لو لم يعطف عليها ، ولانه جعل الاولى جزاء للشرط وعقبه اياها بفاء التعقيب الموضوعة للجزاء فلم يحز تقديمها عليه كسائر نظائره ، ولانه لو قال ان دخل زيد هاري فأعطه درهما لم يحز أن يعطيه قبل دخوله فكذلك ههنا وما ذكره تحكم ليس له شاهد في اللغة ولا أصل في الشرع

(فصل) وإن قال لدخول بها ان دخلت الدار فأنت طالق ثم طالق ثم طالق لم يقع بها شيء حتى تدخل الدار فتقع بها الثلاث وبهذا قل الشافعي وأبو يوسف ومحمد وذهب القاضي الى وقوع طائفتين في الحال وتبقى الثالثة معلقة بالدخول وهو ظاهر الفساد فانه يجعل الشرط المتقدم للمعطوف دون المعطوف عليه ومما به ما يبعد عنه دون ما يليه ويجعل جزاء ما لم توجد فيه الفاء التي يجازى بها دون ما وجدت فيه تحكما لا يعرف عليه دليل ولا نعلم له نظيراً ، وإن قال لها ان دخلت الدار فأنت طالق فطابق فطابق فدخلت طلقت ثلاثا في قولهم جميعا

(مسألة) قال (واذا طلق ثلاثا وهو ينوي واحدة فهي ثلاث)

وجملة ذلك أن الرجل اذا قال لامرأته أنت طالق ثلاثا فهي ثلاث وإن نوى واحدة لانعلم فيه

جميعاً ثم ولدت الثانية يوم الجمعة بانت وانقضت عدتها ولم تطلق وطلعت الاولى ثانية فان كانت كل واحدة منهما حالاً بائنين طلقا بوضع الثانية طاعة طاعة أيضاً ثم اذا ولدت الاولى تمام حملها انقضت عدتها به ، وطلعت الثانية ثلاثا فاذا وضعت الثانية تمام حملها انقضت عدتها به

(فصل) في تعاقب الطلاق اذا قال اذا طلقك فأنت طالق ثم قال أنت طالق وقعت واحدة بالمباشرة واخرى بالصفة ان كانت مدخولاً بها لانه جعل تطليقها شرط الوقوع طلاقاً اذا وجد الشرط وقع الطلاق ، وان كانت غير مدخول بها بانت بالاولى ولم تقع الثانية لانه لا عدة عليها ولا يمكن رجعتها فلا يقع طلاقها الا بائناً ولا يقع الطلاق بالبائن فان قال غيبته بقولي هذا أنك تكونين طالقاً بما أوقعته عليك ولم أرد طلاقاً سوى ما بشارتك به دين وهل يقبل في الحكم، يخرج على روايتين

[احدهما] لا يقبل وهو مذهب الشافعي لانه خلاف الظاهر اذ الظاهر أن هذا تعاقب للطلاق بشرط الطلاق ولان اخباره اياها برقوع طلاقها بها لا فائدة فيه

(والوجه الثاني) يقبل قوله لانه يحتمل ما قاله فقبل كما لو قال أنت طالق أنت طالق ، وقال أردت بائناً أنا كيداً أو افهاماً .

(مسألة) (اذا قال اذا طلقك فأنت طالق ثم قال ان قتت فأنت طالق فقامت طلقت بقيامها

خلافاً لان اللفظ صريح في الثلاث والنية لا تعارض الصريح لانها اضعف من اللفظ ولذلك لا نعمل بمجرد ما والصريح قوي يعمل بمجرد من غير نية فلا يعارض القوي بالضعيف كما لا يعارض النص بالقياس ولان النية انما نعمل في صرف اللفظ الى بعض احتمالاته والثلاث نص فيها لا يحتمل الواحدة بحال فاذا نوى واحدة فقد نوى ما لا يحتمله فلا يصح كما لو قال له علي ثلاثة دراهم وقال أردت واحداً

(مسئلة) قال (وان طالق واحدة وهو ينوي ثلاثاً فهي واحدة)

أما اذا قال أنت طالق واحدة ونوى اثلاث لم يقع إلا واحدة لان لفظه لا يحتمل أكثر منها، فاذا نوى اثلاثاً فقد نوى ما لا يحتمله لفظه فلو وقع أكثر من ذلك لوقع بمجرد النية وبمجرد النية لا يقع بها طلاق، وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين يقع ثلاث لانه يحتمل واحدة معها اثنتان وهذا قاسد فان قوله معها اثنتان لا يؤديه معنى الواحدة ولا يحتمله فتيه فيه نية بمجردة فلا تعمل كما لو نوى الطالق من غير لفظ، وأما اذا قال أنت طالق ونوى ثلاثاً فهذا في روايتان

(احداهما) لا يقع الا واحدة وهو قول الحسن وعمر بن دينار والثوري والاوزاعي وأصحاب الرأي لان هذا لفظ لا يتضمن عدداً ولا بينونة فلم تقع به الثلاث كما لو قال أنت طالق واحدة، بانه أن قوله أنت طالق اخبار عن صفة هي عليها فلم يتضمن العدد كقوله قاتلة وحائض وطاهر

ثم طقت بالصفة أخرى لانه قد طلقها بعد عقد الصفة لان الصفة تطابقها وتمايقه اطلاقاً بقيامها اذا اتصل به اتيام تطابق لها.

(مسئلة) (ولو قال اولاً ان قت فانت طالق ثم قال ان طلقك فانت طالق فقامت طلقت بالقيام واحدة ولم تطلق بتعلق الطلاق لانه لم يطلقها بعد ذلك)

لان هذا يقتضي ابتداء ايقاع وقوع الطلاق ههنا بالقيام انما هو وقوع بصفة سابقة تعقد الطلاق شرطاً

(مسئلة) (ولو قال ان قت فانت طالق ثم قال ان وقع عليك طلاقي فانت طالق فقامت طلقت بالقيام ثم تطلق اثنائية بوقوع الطلاق عليها ان كانت مدخولاً بها لان الطلاق الواقع بها اطلاقاً فقد وجدت الصفة

(مسئلة) (وان قال كلما طلقك فانت طالق فهذا حرف يقتضي التكرار)

فاذا قال لها بعد أنت طالق طلقت طلقين احداهما بالباشرة والاخرى بالصفة ولا تقع ثالثة لان الثانية لم تقع بايقاعه بعد عقد الصفة لان قوله كلما طلقك يقتضي كلما أوقعت عليك الطلاق، وهذا ينتضي تجديد ايقاع طلاق بعد هذا القول وانما وقعت الثانية بهذا القول، وان قال لها بعد عقد الصفة ان خرجت فانت طالق فخرجت طلقت بالخروج طلقة وبالصفة أخرى لانه قد طلقها ولم تقع الثالثة فان قال لها كلما أوقعت عليك طلاقي فانت طالق فهو كقوله كلما طلقك فانت طالق، وذكر القاضي في هذه أنه اذا وقع عليها طلاقه بصفة عقدتها بعد قوله اذا أوقعت عليك طلاقاً فانت طالق لم تطلق

(والرواية الثانية) إذا نوى ثلاثاً وقع الثلاث وهو قول مالك والشافعي وأبي عبيد وابن المنذر لأنه لفظ لو قرن به لفظ الثلاث كان ثلاثاً فإذا نوى به الثلاث كان ثلاثاً كالكنيات ولأنه نوى بلفظه ما يحتمله فوقع ذلك به كالكناية وبيان احتمال اللفظ للعدد أنه يصح تفسيره به فيقول أنت طالق ثلاثاً ولأن قوله طالق اسم فاعل واسم الفاعل يقتضي المصدر كما يقتضيه الفعل والمصدر يقع على القليل والكثير، وفارق قوله أنت حائض وطاهر لأن الحيض والطاهر لا يمكن تعدده في حقه أو الطلاق يمكن تعدده (فصل) فإن قال أنت طالق طلاقاً ونوى ثلاثاً وقع لأنه صرح بالمصدر والمصدر يقع على القليل والكثير فقد نوى بلفظه ما يحتمله وان نوى واحدة فهي واحدة وإن أطلق فهي واحدة لأنه اليقين، وإن قال أنت طالق الطلاق وقع مانواه وإن لم ينو شيئاً فحكي فيها القاضي روايتين (إحداهما) يقع الثلاث نص عليها أحمد في رواية، وهنا لأن الالف واللام للاستغراق فيقتضي استغراق الكل وهو ثلاث (والثانية) أنها واحدة لأنه يحتمل أن تعود الالف واللام إلى معهود يريد الطلاق الذي أوقعته ولأن اللام في أسماء الاجناس تستعمل لغير الاستغراق كثيراً كقوله ومن أكره علي الطلاق - وإذا عقل الصبي الطلاق - واغتسلت بالماء - وتيممت بالتراب - وقرأت العلم والحديث والفقه - هذا مما يراد به ذلك الجنس ولا يفهم منه الاستغراق فعند ذلك لا يحمل على التعميم إلا بنية صارفة إليه، وهكذا لو قال لامرأته أنت الطلاق فإن أحمد قال إن أراد ثلاثاً فهي ثلاث وإن نوى واحدة فهي

لأن ذلك ليس بايقاع منه. وهذا قول بعض أصحاب الشافعي، وفيه نظر فإنه قد أوقع الطلاق عليها بشرط فإذا وجد الشرط فهو الموقع للطلاق عليها فلا فرق بين هذا وبين قوله إذا طلقك فانت طالق (مسألة) (وان قال كلما وقع عليك طلاقي فانت طالق ثم وقع عليها طلاقه بمباشرة أو سبب أو بصفة عقدها بعد ذلك أو قبله طلقت ثلاثاً لأن الثانية طلقة واقعة عليها فتقع بها الثالثة

(فصل) فإن قال لها إن خرجت فانت طالق ثم قال كلما وقع عليك طلاقي فانت طالق ثم خرجت وقع عليها طلقة بالخروج ثم وقعت عليها الثانية بوقوع الاولى ثم وقعت الثالثة بوقوع الثانية لأن كلما تقتضي التكرار وقد عقد الصفة بوقوع الطلاق فكيفما وقع يقتضي وقوع أخرى ولو قال لها إذا طلقك فانت طالق ثم قال إذا وقع عليك طلاقي فانت طالق ثم قال أنت طالق طلقت ثلاثاً واحدة بالمباشرة واثنين بالصفتين لأن تطليقه لها يشتمل على الصفتين هو تطليق منه وهو وقوع طلاقه ولأنه إذا قال أنت طالق طلقت بالمباشرة واحدة فتطلق الثانية بكونه طلقها وذلك طلاق منه واقع عليها فتطلق به الثالثة وهذا كله في المدخول بها فاما غير المدخول بها فلا تطلق الا واحدة في جميع هذا. وهذا كله مذهب الشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه خلافاً

(فصل) فإن قال كلما طلقك طلاقاً املك فيه رجعتك فانت طالق ثم قال أنت طالق طلقت اثنتين (إحداهما) بالمباشرة (والاخرى) بالصفة الا أن تكون الطلقة بعوض أو في غير مدخول بها فلا يقع (المغني والشرح الكبير) (٥٢) (الجزء الثامن)

واحدة وان لم ينو شيئاً فكلام أحمد يقتضي أن تكون ثلاثاً لانه قال أنت الطلاق فهذا قد بين أي شيء بقي هي ثلاث ، وهذا اختيار أبي بكر ويخرج فيها أنها واحدة بناء على المسئلة قبلها ووجه القوانين ما تقدم ، ومما يبين أنه راد بها الواحدة قول الشاعر

فأنت الطلاق وأنت الطلاق وأنت الطلاق ثلاثاً تماماً

فجعل المكرر ثلاثاً ولو كان للاستغراق لكان ذلك تسعاً

(فصل) ولو قال الطلاق يلزمني أو الطلاق لي لازم فهو صريح فانه يقال لمن وقع طلاقه لزمه الطلاق وقالوا إذا عطل الصبي الطلاق فطلق لزمه . واعلمهم أرادوا لزمه حكمه فخذفوا المضاف وأقاموا المضاف اليه مقامه ثم اشتهر ذلك حتى صار من الأسماء العرفية وانعمرت الحقيقة فيه ويقع به ما نواه من واحدة أو اثنتين أو ثلاث وان أطلق ففيه روايتان وجهها ما تقدم ، وان قال علي الطلاق فهو بمثابة قوله : الطلاق يلزمني لان من لزمه شيء فهو عليه كالدين ، وقد اشتهر استعمال هذا في إيقاع الطلاق ويخرج فيه في حالة الاطلاق الروايتان هل هو ثلاث أو واحدة ؟ والأشبه في هذا جميعه أن يكون واحدة لان أهل العرف لا يمتدونه ثلاثاً ولا يعلمون أن الالف واللام للاستغراق ولهذا ينكر أحدهم أن يكون طلق ثلاثاً ولا يمتدونه طلق إلا واحدة فيقتضي اللفظ في غلظهم واحدة فلا يريدون إلا ما يمتدونه مقتضى لفظهم فيصير كأنهم نواوا الواحدة

بها ثانية لأنها تبين بالطلقة التي باشرها بها فلا يملك رجعتها فان طلقها ثنتين طلقت الثالثة ، وقال أبو بكر : قيل تطلق وقيل لا تطلق واختياري أنها تطلق ، وقال أصحاب الشافعي لا تطلق الثالثة لانا لو أوقفناها لم يملك الرجعة ولم يوجد شرط طلاقها فيفضي ذلك الى الدور فنسقطه بمنع وقوعه

ولنا أنه طلاق لم يملك به العدد بغير عوض في مدخول بها فتقع التي بعدها كالاولى وامتناع الرجعة ههنا لعجزه عنها لا لعدم الملك كما لو طلقها واحدة وأعني عليه عقبتها وان الثانية تقع وان امتنعت الرجعة لعجزه عنها وان كان الطلاق بعوض أو في غير المدخول بها لم يقع الا الطلقة التي باشرها بها لانه لا يملك رجعتها وان قال كما وقع عليك طلاق أملاك فيه رجعتك فانت طالق ثم وقع عليها طلقة بالمباشرة أو صفة طلقت ثلاثاً وعندهم لا تطلق لما ذكرنا في التي قبلها ولو قال لامرأته اذا طلقتك طلاقاً أملاك فيه الرجعة فانت طالق فانت طالق ثلاثاً ثم طلقها طلقت ثلاثاً ، وقال المزني لا تطلق وهو قياس قول أصحاب الشافعي لما تقدم

﴿مسئلة﴾ (وان قال كما وقع عليك طلاقي أو ان وقع عليك طلاقي فانت طالق قبله ثلاثاً ثم

قال أنت طالق فلا نص فيها)

وقال أبو بكر والفاضي تطلق ثلاثاً واحدة بالمباشرة واثنان بالمعلق ، وهو قياس قول الشافعي وبعض أصحابه ، وقال ابن عقيل تطلق بالطلاق المنجز ويلغوا بالمعلق لانه طلاق في زمن ماض ، وقال

(فصل) وان قال أنت طالق للسنة طقت واحدة في وقت السنة ، وذهب أبو حنيفة الى انها تطاق ثلاثا في ثلاثة قروء بناء منه على ان هذا هو السنة وقد بينا ان طلاق السنة طلقة واحدة في طهر لم يصحبها فيه ، وان قال أنت طالق طلاق السنة وقعت بها واحدة في طهر لم يصحبها فيه ايضا الا أن ينوي الثلاث فتكون ثلاثا لانه ذكر المصدر والمصدر يقع على الكثير والقليل بخلاف التي قبلها

(فصل) وان قال العجبي بهشم لبسار طقت امرأته ثلاثا نص عليه أحمد لان معناه أنت طالق كثيرا ، وان قال بهشم فحسبت طقت واحدة إلا أن ينوي ثلاثا فتكون ثلاثا ، نص عليه أحمد في رواية ابن منصور ، وقال القاضي : يخرج فيه روايتان بناء على قوله : أنت طالق لان هذا صريح وذلك صريح فهما سواء . والصحيح انه يتم ما نواه لان معناها خليتك ، وخليتك يقع بها ما نواه وكذا ههنا وإنما صارت صريحة لشبهة استعمالها في الطلاق وتعنيها له وذلك لا ينفي معناها ولا يمنع العمل به إذا أراد وان قال فارقتك أو سرحتك ونوى واحدة أو أطلق فهي واحدة وان نوى ثلاثا فهي ثلاث لانه فعل يمكن أن يعبر به عن القليل والكثير وكذلك لو قال طلقك

(فصل) ولا يقع الطلاق بغير لفظ الطلاق إلا في موضعين (أحدهما) من لا يقدر على الكلام كالآخرس اذا طلق بالإشارة طلقت زوجته وبهذا قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم وذلك لانه لا طريق إلى الطلاق إلا بالإشارة فقامت اشارته مقام الكلام من غير نية

أبو العباس بن سريج وبعض الشافعية لا تطلق أبداً لان وقوع الواحدة يقتضي وقوع ثلاث قبلها وذلك يمنع وقوعها فائباتها يؤدي الى نفيها فلا تثبت ولان ايقاعها يفضي الى الدور لانها اذا وقعت وقع قبلها ثلاث فيمنع وقوعها وما افضى الى الدور وجب قطعه من أصله

ولنا انه طلاق من مكلف مختار في محل النكاح صحيح فيجب ان يقع كالمو لم يعقد هذه الصفة ولان عمومات النصوص تقتضي وقوع الطلاق مثل قوله سبحانه (فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) وقوله تعالى (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) وكذلك سائر النصوص ولان الله تعالى شرع الطلاق لمصلحة تتعلق به وما ذكره يمنع بالسكينة وبطل مشروعيته وتفوت مصلحته فلا يجوز ذلك بمجرد الرأي والتحكم وما ذكره غير مسلم فاما اذا قلنا لا يقع الطلاق المعلق فله وجه لانه أو وقعه في زمن ماض ولا يمكن وقوعه في الماضي فلم يقع كما لو قال أنت طالق قبل قدوم زيد بيوم فقدم في اليوم ولانه جعل الطلقة الواقعة شرطاً لوقوع الثلاث ولا يوجد المشروط قبل شرطه فعلى هذا لا يمنع من وقوع الطلقة المباشرة ولا يفضي الى دور ولا غيره وان قلنا بوقوع الثلاث فوجهه انه وصف الطلاق المعلق بما يستحيل وصفه به فلفت الصفة ووقع الطلاق كما لو قال أنت طالق طلقة لا تلزمك ولا تنقص عدد طلاقك أو قال لايسة أنت طالق للسنة أو للبدة وبيان استحالة ان تعليقه بالشرط يقتضي وقوعه بعده لان الشرط يتقدم مشروطه ولذلك لو أطلق لوقع بعده وتعقيقه بالفاء في قوله فانت طالق

كانت كاح فاما القادر فلا يصح طلاقه بالاشارة كما لا يصح نكاحه بها فان اشار الاخرس باصابعه الثلاث الى الطلاق طلقت ثلاثا لان اشارته جرت مجرى نطق غيره ولو قال الناطق أنت طالق وأشار بأصابعه الثلاث لم يقع الا واحدة لان اشارته لا تكفي ، وان قال أنت طالق هكذا وأشار باصابعه الثلاث طلقت ثلاثا لان قوله هكذا تصريح بالتشبيه بالاصابع في العدد وذلك يصلح بيانا كما قال النبي ﷺ « الشهر هكذا وهكذا » وأشار بيده مرة ثلاثين ومرة تسعا وعشرين وان قال أردت الاشارة بالاصبعين المقبوضتين قبل منه لانه يحتمل ما يدعيه (الموضع الثاني) اذا كتب الطلاق فان نواه طلقت زوجته وبهذا قال الشعبي والنخعي والزهري والحكم وابو حنيفة ومالك وهو المنصوص عن الشافعي ، وذكر بعض اصحابه أن له قولاً آخر أنه لا يقع به طلاق ، وان نواه لانه فعل من قادر على التطبيق فلم يقع به الطلاق كالاشارة

ولنا أن الكتابة حروف يفهم منها الطلاق فاذا أتى فيها بالطلاق وفهم منها ونواه وقع كاللفظ ولان الكتابة تقوم مقام قول الكاتب بدلالة ان النبي ﷺ كان مأمورا بتبليغ رسالته فحصل ذلك في حق البعض بالتقول وفي حق آخرين بالكتابة الى ملوك الاطراف ولان كتب القاضي يقوم مقام لفظه في اثبات الديون والحقوق فاما ان كتب ذلك من غير نية فقال أبو الخطاب قد خرجها القاضي الشريف في الارشاد على روايتين (احدهما) يقع وهو قول الشعبي والنخعي والزهري والحكم لما

يقضي كونه عقيبه وكون الطلاق المعلق قبله بعده محال لا يصح الوصف به فلغت الصفة ووقع الطلاق كما لو قال ان طلقك فأنت طالق ثلاثاً لا تلزمك ثم يبطل ما ذكره بقوله اذا انفسخ نكاحك فانت طالق قبله ثلاثاً ثم وجد ما يفسخ نكاحها من رضاع او ردة او وطء امها أو ابنتها بشبهة فانه يرد ما ذكره ولا خلاف في انفساخ النكاح قال القاضي ما ذكره ذريعة الى أن لا يقع عليها الطلاق جملة وان قال انت طالق ثلاثاً قبيل وقوع طلاق بك واحدة أو أنت طالق اليوم ثلاثا او طلقك غداً واحدة فالكلام عليها من وجه آخر وهو وارد على المسئلتين جميعاً وذلك ان الطلقة الموقعة يقتضي وقوعها وقوع ما لا يتصور وقوعها معه فيجب ان يقضى بوقوع الطلقة الموقعة دون ما يتعلق بها لان ما يتعلق بها تابع ولا يجوز ابطال المتبوع لامتناع حصول التبع فيبطل التابع وحده كما لو قال في مرضه اذا اعتقت سالماً فأنعم حر ولم يخرج من ثلثه الا احدهما فان سالماً يعتق وحده ولا يقرع بينهما لان ذلك ربما ادى الى عتق المشروط دون الشرط وذلك غير جائز ولا فرق بين ان يقول ففانم معه أو قبله أو بعده او يطلق كذا ههنا

(فصل) اذا قال ان طلقت حفصة فعمرة طالق ثم قال ان طلقت عمرة فحفصة طالق ثم طلق حفصة طلقنا معاً حفصة بالمباشرة وعمرة بالصفة ولم زد كل واحدة منهما على طلقة وان بدأ بطلاق عمرة طلقت طلقين وطلقت حفصة طلقة واحدة لانه اذا طلق حفصة طلقت بالصفة لكونه علق طلاقها على طلاق حفصة ولم يعد على حفصة طلاق آخر لانه ما احدث في عمرة طلاقاً لما طلقت بالصفة السابقة

ذكرنا (والثانية) لا يقع الا بنية وهو قول أبي حنيفة ومالك ومنصرص الشافعي لان الكتابة محتمة فانه يقصد بها تجريد القلم وتجريد الخط وغم الادل فلم يقع من غير نية ككنايات الطلاق فان نوى بذلك تجريد خطه أو تجريد قلمه لم يقع لانه لو نوى باللفظ غير الايقاع لم يقع فالكتابة أولى واذا ادعى ذلك دين فيما بينه وبين الله تعالى ويتقبل أيضا في الحكم في أصح الوجهين لانه يقبل ذلك في اللفظ الصريح في أحد الوجهين فهنا مع أنه ليس بلفظ أولى ، وان قال نويت غم أهلي فقد قال في رواية أبي طالب فيمن كتب طلاق زوجته ونوى الطلاق وقع ، وان أراد أن يغم أهله فقد عمل في ذلك أيضا يعني أنه يؤخذ به لقول النبي ﷺ « ان الله عنا لامتي عما حدثت به أنفسها ما لم تكلم أو تعمل به » فظاهر هذا أنه أوقع الطلاق لان غم أهله يحصل بالطلاق فيجتمع غم أهله ، ووقوع طلاقه كما لو قال أنت طالق يريد به غمها ويحتمل أن لا يقع لانه أراد غم أهله بتوهم الطلاق دون حقيقة فلا يكون تأوبا للطلاق والخبر إنما يدل على مؤاخذته بما نواه عند العمل به أو الكلام ، وهذا لم ينو طلاقا فلا يؤخذ به

(فصل) وان كتبه بشيء لا يبين مثل ان كتبه باصبعه على وسادة أو في الهواء فظاهر كلام احمد أنه لا يقع ، وقال ابو حفص العكبري يقع ، ورواه الاثرم عن الشعبي لانه كتب حروف الطلاق فأشبهه ما لو كتبه بشيء يبين ، والاول أولى لان الكتابة التي لا يبين كالمس بالفم بما لا يبين وتم لا يقع فهنا أولى

على تعليقه طلاقها وان بدأ بطلاق عمرة طلقت حفصة لكون طلاقها معلقا على طلاق عمرة ووقوع الطلاق بها تطليق منه لانه احدث فيه طلاقا بتعليقه طلاقها على تطليق عمرة بعد قوله ان طلقت حفصة فعمرة طالق ومتى وجد ان تعليق والوقوع معا فهو تطليق فان وجد امعا بعد تعليق الطلاق بطلاقها وقع الطلاق المعلق بطلاقها وطلاق عمرة ههنا معلق بطلاقها فوجب القول بوقوعه ولو قال لعمرة كلما طلقت حفصة فانت طالق ثم قال لحفصة كلما طلقت عمرة فانت طالق ثم قال لعمرة انت طالق طلقت طلقين وطلقت حفصة طلقا واحدة وان طلق حفصة ابتداء لم يقع بكل واحدة منهما الا لطلقة لان هذه المسئلة كالتى قبلها سواء فانه بدأ بطلاق عمرة على تطليق حفصة ثم تلى تعليق طلاق حفصة على تطليق عمرة ولو قال لعمرة ان طلقك حفصة طالق ثم قال لحفصة ان طلقك فعمرة طالق ثم طلق طلقين وطلقت عمرة طلقا ، وان طلق عمرة طلقت كل واحدة منهما طلقا لانها عكس التي قبلها وذكرها بين المسئلتين القاضي في المجرى ولو قال لاحدى زوجتيه كلما طلقت ضرتك فانت طالق ثم قال للاخرى مثل ذلك ثم طلق الاولى طلقت طلقين وطلقت الثانية طلقا ، وان طلق الثانية طلقت كل واحدة منهما طلقا ، وان قال كلما طلقك فضررتك طالق ثم قال للاخرى مثل ذلك ثم طلق الاولى طلقت كل واحدة منهما طلقا وإن طلق الثانية طلق طلقين وطلقت الاولى طلقا وتلليل ذلك على ما ذكرنا في المسئلة الاولى

(فصل) اذا كتب لزوجته أنت طالق ثم استمد فكتب اذا أتاك كتابي أو علقه بشرط أو استشاء وكان في حال كتابة الطلاق مريداً للشرط لم يقع طلاقه في الحال لانه لم ينو الطلاق في الحال بل نواه في وقت آخر ، وان كان نوى الطلاق في الحال غير معاق بشرط طلقت للحال وان لم ينو شيئاً وقلنا ان المطلق يقع به الطلاق نظراً فان كان استمداداً لحاجة أو عادة لم يقع طلاق قبل وجود الشرط لانه لو قال أنت طالق ثم أدركه النفس أو شيء يسكته فسكت لذلك ثم أتى بشرط تعلق به فالكتابة أولى وإن استمد لغير حاجة ولا عادة وقع الطلاق كما لو سكت بعد قوله أنت طالق لغير حاجة ثم ذكر شرطاً ، وإن قال انني كتبت مريداً للشرط فقياس قول أصحابنا أنها لا تطلق قبل الشرط الا أنه يدين وهل يقبل في الحكم ؟ على وجهين على بناء قولهم فيمن قال أنت طالق ثم قال أردت تعليقه على شرط وان كتب الى امرأه أما بعد فأنت طالق طلقت في الحال سواء وصل اليها الكتاب أو لم يصل وعدتها من حين كتبه ، وان كتب اليها اذا وصلت كتابي فأنت طالق فأناها الكتاب طلقت عند وصوله اليها ، وان ضاع ولم يصلها لم تطلق لان الشرط وصوله ، وان ذهبت كتابته بمحو أو غيره ووصل الكاغذ لم تطلق لانه ليس بكتاب وكذلك ان انطس ما فيه لغرق أو غيره لان الكتاب عبارة عما فيه الكتابة ، وان ذهبت حواشيه أو تخرق منه شيء لا يخرج منه عن كونه كتاباً ووصل باقيه طلقت لان الباقي كتاب وان تخرق بعض ما فيه الكتابة سوى ما فيه ذكر الطلاق فوصل طلقت لان الاسم باق فينصرف الاسم اليه

(فصل) فان كان له ثلاث نسوة فقال ان طلقت زينب نعمرة طالق ، وان طلقت عمرة حفصة طالق ، وان طلقت حفصة فزينب طالق ثم طلق زينب طلقت عمرة ولم تطلق حفصة لانه ما أحدث في عمرة طلاقاً بعد تعليق طلاق حفصة بتطبيقها ، وانما طلقت بالصفة السابقة على ذلك فيكون وقوع الطلاق وليس بتطبيق ، وان طلق عمرة طلقت حفصة ولم تطلق زينب لذلك ، وان طلق حفصة طلقت زينب ثم طلقت حفصة فيقيم الطلاق بالثلاث لانه أحدث في زينب طلاقاً بعد تعليقه طلاق عمرة بتطبيقها فكان وقوع الطلاق بزينب تطبيقاً وطلقت به عمرة بخلاف غيرها ولو قال لزينب ان طلقت عمرة فأنت طالق ثم قال لعمرة ان طلقت حفصة فأنت طالق ثم قال لحفصة ان طلقت زينب فأنت طالق ثم طلق زينب طلق اثلاث زينب بالمباشرة وحفصة بالصفة ووقوع الطلاق بحفصة تطبيق لها وتطبيقها شرط طلاق عمرة فتطلق به أيضاً والدليل على أنه تطبيق لحفصة انه أحدث فيها طلاقاً بتعليقه طلاقها على تطبيق زينب بعد تعليق طلاق عمرة بتطبيقها وتحقق شرطه والتعليق مع شرطه تطبيق وقد وجدنا معاً بعد جعل تطبيقها صفة لطلاق عمرة ، وان طلق عمرة طلقت هي وزينب ولم تطلق حفصة وان طلق حفصة طلقت هي وعمرة ولم تطلق زينب لما ذكرنا في المسئلة التي قبلها ، وان قال لزينب ان طلقتك فضرناك طالقان ثم قال لعمرة مثل ذلك ثم قال لحفصة مثل ذلك ثم طلق زينب طلقت كل واحدة منهن طلقة واحدة لانه لم يحدث في غير زينب طلاقاً انما طلقتنا بالصفة على تعليق

وان تخرق ما فيه ذكر الطلاق فذهب ووصل بآقيه لم تطاق لان المقصود ذاهب فان قال لها اذا أنك طلاقي فأنت طالق ثم كتب اليها اذا أنك كتابي فأنت طالق أناها الكتاب طالقت طالقتين لوجود الصفتين في محبي الكتاب فان قال أردت اذا أنك كتابي فأنت طالق بذلك الطلاق الذي علقه دين وهل يقبل في الحكم ؟ يخرج على روايتين

(فصل) ولا يثبت الكتاب بالطلاق الا بشاهدين عدلين أن هذا كتابه ، قال أحد في رواية حرب في امرأة أتاها كتاب زوجها بخطه وخاتم بالطلاق لا تزوج حتى يشهد عندها شهود عدول قيل له فان شهد حامل الكتاب ؟ قال لا الا شاهدان فلم يقبل قول حامل الكتاب وحده حتى يشهد معه غيره لان الكتب المثبتة للحقوق لا تثبت الا بشاهدين ككتاب القاضي وظاهر كلام احمد ان الكتاب يثبت عندها بشهادتها بين يديها وان لم يشهد به عند الحاكم لان أثره في حقها في العدة وجواز التزوج بعد انقضائها وهذا معنى يختص به لا يثبت به حق على الغير فاكفى فيه بسماها للشهادة ، ولو شهد شاهدان أن هذا خط فلان لم يقبل لان الخط يشبه به ويبرر ولهذا لم يقبله الحاكم ، ولو اكفى بمعرفة الخط لا اكفى بمعرفتها له من غير شهادة

وذكر القاضي أنه لا يصح شهادة الشاهدين حتى يشاهداه يكتبه ثم لا يغيب عنهما حتى يؤديا الشهادة وهذا مذهب الشافعي والصحيح أن هذا ليس بشرط فان كتاب القاضي لا يشترط فيه ذلك فهذا أولى

الطلاق بتطليقها وان طلق عمره طلقت زينب طلقة وطلقت عمره وحفصة كل واحدة منهما طالقتين لان عمره طلقت واحدة بالمباشرة وطلقت زينب وحفصة بطلاقها واحدة وطلاق زينب بتطليقها لانه وقع بها بصفة أحدثها فيها بعد تعليق طلاقهما بتطليقها فعاد على حفصة وعمره بذلك طلقتان ولم يد على زينب بطلاقهما طلاق لما تقدم وان طلق حفصة طلقت ثلاثاً لانه طلق واحدة بالمباشرة وطلقت بها ضررتها ووقوع الطلاق بكل واحدة منهما بتطليق لانه بصفة أحدثها فيهما بعد تعليق طلاقهما بطلاقهما فعاد عليها من طلاق كل واحدة منهم طلقة فكل لها ثلاث وطلقت عمره طالقتين واحدة بتطليق حفصة وأخرى بوقوع الطلاق على زينب لانه بتطليق لزينب على ما ذكرناه وطلقت زينب واحدة لان طلاق ضررتها بالصفة ليس بتطليق في حقها وان قال لكل واحدة منهن كلما طلقت احدى ضرتيك فانت طالق ثم طلق الاولى طلقت ثلاثاً وطلقت الثانية طالقتين والثالثة طالقة واحدة لان تطليقه الاولى شرط لطلاق ضررتها ووقوع الطلاق بهما بتطليق بالنسبة اليها لكونه واقعاً بصفة أحدثها بعد تعليق طلاقها بطلاقهما فعاد عليها من تعليق كل واحدة منهما طلقة فكل لها الثلاث وعاد على الثانية من طلاق اثالثة طلقة ثانية لذلك ولم يعد على اثالثه من طلاقهما الواقع بالصفة شيء لانه ليس بتطليق في حقهما وان طلق اثانية طلقت أيضاً طالقتين وطلقت الاولى ثلاثاً والثالثة طلقة وان طلق اثالثة طلقت الاولى طالقتين وطلق كل واحدة من الباقيتين طلقة طلقة

وقد يكون صاحب الكتاب لا يعرف الكتابة وإنما يستنيب فيها وقد يستنيب فيها من يعرفها بل متى أنهاها بكتاب وقرأ عليها وقال هذا كتابي كان لها أن يشهدا به

﴿باب الطلاق بالحساب﴾

﴿مسئلة﴾ قال (واذا قال لها نصبتك طالق أو يدك أو عضو من أعضائك طالق أو قال لها أنت طالق نصف تطليقة أو ربع تطليقة وقعت بها واحدة)

الكلام في هذه المسئلة في فصلين: (أحدهما) أنه إذا طلق جزءا منها (والثاني) إذا طلق جزءا من طلبة نأما الاول فإنه متى طلق من المرأة جزءا من أجزائها الثابتة طلقت كلها سواء كان جزءا شائما كنصفها أو سدسها أو جزءا من الف جزء منها أو جزءا معينيا كيدها أو رأسها أو أصبعها وهذا قول الحسن ومذهب الشافعي وأبي ثور وابن القاسم صاحب مالك ومذهب أصحاب الرأي إلا أنه أن أضافه إلى جزء شائع أو واحد من أعضاء خمسة: الرأس، والوجه، والرقبة، والظاهر، والفرج طلقت، وإن أضافه إلى جزء معين غير هذه الخمسة لم تطلق لأنه جزء تبقى الجملة منه بدونه أو جزء لا يعبر به عن الجملة فلم تطلق المرأة بإضافة الطلاق إليه كالسن والظفر

(فصل) وإن قال لامرأته إن طلقتك فعبدي حر ثم قال لعبده إن قت فامرأتي طالق فقام طلقت المرأة وعق العبد ولو قال لعبده إن قت فامرأتي طالق ثم قال لامرأته إن طلقتك فعبدي حر فقام العبد طلقت المرأة ولم يعتق العبد لأن وقوع الطلاق بالصفة إنما يكون تطليقا مع وجود الصفة ففي الصورة الاولى وجدت الصفة والوقوع بعد قوله إن طلقتك فعبدي حر وفي الصورة الاخرى لم يوجد بعد ذلك إلا الوقوع وحده وكانت الصفة سابقة فلذلك لم يعتق العبد ولو قال لعبده إن اعتقتك فامرأتي طالق ثم قال لامرأته إن حلفت بطلاقك فعبدي حر ثم قال لعبده إن لم أضربك فامرأتي طالق عتق العبد وطلقت المرأة.

﴿مسئلة﴾ (وان قال لنسائه الأربع ايتكن وقع عليها طلاقي فصواحبها طواقي ثم وقع على احدها من طلاقه طلاق الجميع ثلاثا)

لانه اذا وقع طلاقه على واحدة وقع على صواحبها ووقوعه على واحدة منهن يقتضي وقوعه على صواحبها فيتسلسل الوقوع عليهن الى ان تكمل الثلاث لكل واحدة منهن

﴿مسئلة﴾ (وان قال كلما طلقت واحدة منسكن فعبدي حر وكلما طلقت اثنتين فعبدي حران وكلما طلقت ثلاثا فثلاثة احرار وكلما طلقت اربعا فاربعة احرار ثم طلق الاربع مجتمعات او متفرقات عتق خمسة عشر عبدا) وقيل يعتق عشرة بالواحدة واحد وبالثانية اثنان وبالثالث ثلاثة وبالأربع أربعة وهذا غير صحيح فان

ولما أنه أضاف الطلاق الى جزء ثابت استباحه بعقد النكاح أشبه الجزء الشائع والاعضاء الخمسة ولأنها جملة لا تنقض في الحل والحرمه وجد فيها ما يقتضي التحريم والاباحة فغاب فيها حكم التحريم كما لو اشترك مـ لم ومجوسي في قتل صيد، وفارق ما قاموا عليه فإنه ليس بثابت والشعر والظفر ليس بثابت فانهما يزولان ويخرج غيرها ولا ينقض مسهما الطهارة

(الفصل الثاني) اذا طلقها نصف تطايق أو جزءا منها، وان قل فانه يقع بها طاقه كاملة في قول عامة أهل العلم الا داود قال: لا تطايق بذلك قال ابن المنذر أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أنها تطايق بذلك منهم الشعبي والحارث العملي والزهرري وقتادة والشامي وأصحاب الرأي وأبو عبيد قال أبو عبيد وهو قول مالك وأهل الحجاز والشرقي وأهل العراق وذلك لان ذكر بعض مالا ينقض ذكر الجميع كما ار قال نصفك طاق

(فصل) فان قال أنت طالق نصفي طاقه وقمة طاقه لان نصفي الشيء كله، وان قال ثلاثة أنصاف طاقه طالت طاقتين لان ثلاثة أنصاف طاقه ونصف فكل النصف فصارا طاقتين، وهذا وجه لأصحاب الشامي لهم وجه آخر أنها لا تطايق إلا واحدة لانه جمل الأنصاف من طاقه واحدة فيقطع ما ليس منها وتنع طاقه ولا يصح لان إسقاط الطلاق الموضع من الأهل في المحل لا سبيل اليه وإنما الإضافة الى الطاقه الواحدة غير صحيح ففتت الإضافة

قال هذا لا يعتبر صفة طلاق الواحدة في غير الاولى ولفظه كما تقتضي التكرار فيجب تكرار الطلاق بتكرار الصفات وتسقط أيضاً صفة الثنية في الثالثة والرابعة، والصحيح انه يعتق خمسة عشر عدلاً لان فيهن أربع صفات هن أربع فيقع أربعة وهن أربعة آحاد وهن اثنتان واثنتان فيعتق بذلك أربعة وفيهن ثلاث فيعتق بهن ثلاثة. وان شئت قلت يعتق بالواحدة واحد وبالثانية ثلاثة لان فيها صفتين هي واحدة وهي مع الاولى اثنتان ويعتق بالثالثة أربعة لانها واحدة وهي مع الاولى والثانية ثلاث ويعتق بالرابعة سبعة لان فيها ثلاث صفات هي واحدة وهي مع الثالثة اثنتان وهي مع الثلاث التي قبها أربعة، وقيل يعتق سبعة عشر لان صفة الثنية قد وجدت ثلاث مرات فانهما توضع الاولى الى الثانية وبضم الثانية الى الثالثة وبضم الثالثة الى الرابعة، وقيل يعتق عشرون وهو قول أبي حنيفة لان صفة الثالثة وجدت مرة ثانية بضم الثانية والثالثة الى الرابعة، وكلا القولين غير سديد لأنهم عدوا الثانية مع الاولى في صفة الثنية مرة ثم عدوها مع الثالثة مرة أخرى وعدوا الثانية والثالثة في صفة الثلاث مرتين مرة مع الاولى ومرة مع الرابعة وما عد في صفة مرة لا يجوز عده في تلك الصفة مرة أخرى ولذلك لوقال كما أكلت نصف رمانة فانت طالق فأكلت رمانة لم تطلق الا اثنتين لان الرمانة نصفان ولا يقال انها تطلق ثلاثة بان يضم الربع الثاني الى الربع الثالث فيصيران نصفاً وكذلك في مسئلتنا لم يضم الاولى الى الرابعة (المغني والشرح الكبير) (٥٣) (الجزء الثامن)

وان قال أنت طالق نصف طلقتين طلقت واحدة لان نصف الطلقتين طلقة ، وذكر أصحاب الشافعي وجها آخر انه يقع طلقتان لان اللفظ يقتضي النصف من كل واحدة منها ثم يكمل وما ذكرناه أولى لان التخصيف يتحقق به وفيه عمل باليقين وإلغاء الشك وإيقاع ما وقع من غير زيادة فكان أولى وان قال أنت طالق نصف طلقتين وقعت طلقتان لان نصف الشيء جميعه فهو كما لو قال أنت طالق طلقتين . وان قال أنت طالق نصف ثلاث طاقات طلقت طلقة-ين لان نصفها طلقة ونصف ثم يكمل النصف فتصير طلقتين

(فصل) وان قال أنت طالق نصف وثلاث سدس طلقت طلقة لانها أجزاء الطلقة ، ولو قال : أنت طالق نصف طلقة وثلاث طلقة وسدس طلقة فقال أصحابنا يقع ثلاث لانه عطف جزء من طلقة على جزء من طلقة فظاهره انها طاقات متغايرة ولاها لو كانت الثانية هي الاولى لجابها بلام التعريف فقال ثلث الطلقة وسدس الطلقة فان اهل العربية قالوا إذا ذكر لفظ ثم أعيد مذكراً فالثاني غير الاول وان أعيد معرباً لالف واللام فالثاني هو الاول كقوله تعالى (ان مع العسر يسراً * ان مع العسر يسراً) فالسر الثاني هو الاول لاعادته معرباً واليسر الثاني غير الاول لاعادته مذكراً ولهذا قيل ان يغاب عسر يسرين ، وقيل لو أراد بالثانية الاولى لذكرها بالضمير لانه الاولى وان قال أنت طالق نصف طلقة ثلاث طلقة سدس طلقة طلقت طلقة لانه لم يعطف بواو العطف

فيصيران اثنتين وعلى سياق هذا القول ينبغي ان يعتق اثنان وثلاثون واحد بطلاق واحدة وثلاثة بطلاق الثانية وثمانية بطلاق الثالثة لانها واحدة وهي مع ما قبلها ثلاث وهي مع ضمها الى الاولى اثنتان ومع ضمها الى الثانية اثنتان ففيها صفة التثنية مرتان ، ويعتق بطلاق الرابعة عشرون لان فيها ثمانى صفات هي واحدة وهي مع ما قبلها أربع ، وفيها صفة اثلاث ثلاث مرات هي مع الاولى والثانية ثلاث ومع الثمانية والثالثة ثلاث ومع الاولى والثالثة ثلاث فيعتق بذلك تسعة ، وفيها صفة التثنية ثلاث مرات مع الاولى اثنتان ومع اثلاثة اثنتان فيعتق لذلك ستة فيصير الجميع اثنين وثلاثين ، قال شيخنا وما نعلم بهذا قائلنا قال شيخنا ويحتمل ان لا يعتق الا أربعة كما لو قال كلما اعتقت أربعة فأربعة احرار لان هذا الذي يسبق الى اذهان العامة ، وهذه الاوجه التي ذكرناها مع الاطلاق ، فأما ان نوى بالفظه غير ما يقتضيه الاطلاق مثل ان ينوي بقوله اثنين غير الواحدة فيمينه على ما نواه ومتى لم يعين العبيد المعتقين أخرجوا بالقرعة ، ولو جعل مكان كلما ان في المسئلة المذكورة لم يستق الا عشرة بالواحد واحد وبالثانية اثنان وبالثالثة ثلاثة وبالرابعة أربعة لان إن لا تقتضى التكرار

(فصل) ولو قال كلما اعتقت عبداً من عبيدي فامرأة من نسائي طالق وكلما اعتقت اثنين فامرأتان طالقتان ثم اعتق الاثنين طلق الاربع على القول الصحيح ، وعلى القول الثاني يطلق ثلاث ويخرجن بالقرعة ، ولو قال كلما اعتقت عبداً من عبيدي فخارية من جواري حرة وكلما اعتقت اثنين فخاريتان حرتان

فيدل على أن هذه الاجزاء من طاعة غير متغايرة ولأنه يكون الثاني ههنا بدلاً من الاول والثالث من الثاني والبديل هو المبدل أو بعضه فلم يقتض المتغايرة ، وعلى هذا التعديل لو قال أنت طالق طاعة نصف طاعة أو طاعة طاعة لم تطاق الا طاعة ، فإن قال أنت طالق نصفاً وثلاثاً وسدساً لم يتم إلا طاعة لأن هذه أجزاء الطلقة الا أن يريد من كل طاعة جزءاً فقط طلاق ثلاثاً

ولو قال أنت طالق نصفاً وثلاثاً وربعاً طلقت طلقتين لأنه يزيد على الطاعة نصف سدس ثم يكمل وإن أراد من كل طاعة جزءاً طلقت ثلاثاً ، وإن قال أنت طاعة أو أنت نصف طاعة أو أنت نصف طاعة ثلاث طاعة سدس طاعة أو أنت نصف طالق وقع بها طاعة بناء على قولنا في أنت الطلاق أم صريح في الطلاق وههنا مثله

(فصل) فإن قال لأربع نسوة أو وقعت بينكن طاعة طلقت كل واحدة منهن طاعة كذلك قال الحسن والشافعي وابن القاسم وأبو عبيد وأصحاب الرأي لأن اللفظ اقتضى قسمها بينهن لكل واحدة ربعا ثم تكملت وإن قل بينكن طاعة فكذلك نص عليه أحمد لأن معناه أرقعت بينكن طاعة ، وإن قال أرقعت بينكن طاعتين رقم بكل واحدة طاعة ذكره أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة والشافعي ، وقول أبو بكر والقاضي تطاق كل واحدة طاعتين ، ويرى عن أحمد ما يدل عليه فإنه روي عنه في رجل قال أرقعت بينكن

وكما اعتقت ثلاثة فثلاث أحرار وكما اعتقت أربعة فأربع أحرار اعتق من جواريه بعدد ما اعتق من عبيده في المسئلة التي ذكرنا خمس عشرة على الصحيح وقيل عئمر وقيل تسع عشرة وقيل عشرون لأنها منها ، وإن اعتق خمساً فعلى القول الصحيح يعتق إحدى وعشرون لأن عتق الخامس عتق به ست لكونه واحداً وهو وما قبله خمسة ولم يمكن عده في سائر الصفات لأن ما قبل ذلك قد عد في ذلك مرة فلا يعد ثانية وعلى القول الآخر يعتق من جواريه خمس عشرة : بالواحد واحدة وباللثاني اثنتين وباللثالث ثلاث وبالرابع أربع وبالخامس خمس

(فصل) فإن قال إن دخل الدار رجل فعبد من عبيدي حر وإن دخلها طويل فعبدان حران وإن دخلها أسود فثلاثة أعبد أحرار ، وإن دخلها فقيه فأربعة أعبد أحرار فدخاها فقيه طويل أسود عتق من عبيده عشرة

﴿ مسألة ﴾ (إذا قال لامرأته إذا أتاك طلاق فأنت طالق ثم كتب إليها إذا أتاك كتابي فأنت طالق فأناها الكتاب طلقت طلقتين)

لأنه عاق طلاقها بصفتين مجيء الطلاق ومجيء كتابه وقد اجتمعت الصفات في مجيء الكتاب فوقع بها طلقتان ، فإن قال أردت إذا أتاك كتابي فأنت طالق بالطلاق الاول دين لأنه يحتمل ما قاله فيدين فيه كما لو كرر قوله أنت طالق وقال أردت بالثانية أفهامها والتأكيد وقبل قوله في الحكم في إحدى الروايتين لما ذكرنا والآخرى لا يقبل لظاهر اللفظ والله أعلم

ثلاث طائقات ما أرى إلا قد بن منه لانا اذا قسمنا كل طائفة بينهما حصل لكل واحدة جزء من طائفتين ثم نكل والاول أولى لانا لو قال أنت طالق نصف طائفتين طائفة واحدة ويكمل نصيبها من الطلاق في واحدة فيكون لكل واحدة نصف ثم بكل طائفة واحدة، وانما يقيم بالاجزاء مع الاختلاف كالدر ونحوها من المختلفات أما الجمل المتساوية من جنس كالنرد فلانما تقسم بروسها ويكمل نصيب كل واحد من واحد كاربعة لهم درهمان صحيحان فإنه يجمع لكل واحد نصف من درهم واحد والطائقات لا اختلاف فيها ولان فيما ذكرناه أخذنا باليقين فكان أولى من ايقاع طائفة زائدة بالشك، فان أراد قسمة كل طائفة بينهما فهو على ما قال ابو بكر، وان قال أوقعت بينك ثلاث طائقات أو أربع طائقات فلي قرأنا طائقتي كل واحدة طائفة وعلى قولها بطلن ثلاثا ثلاثا، وان قال أوقعت بينك خمس طائقات وقع بكل واحدة طائفتين كذلك قال الحسن وقادة والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي لان نصيب كل واحدة طائفة ورابع ثم نكل، وكذلك ان قال ستا أو سبعا أو ثمانية، وان قال أوقعت بينك تسعا طائقتين ثلاثا ثلاثا

(نصل) فان قل أوقعت بينك طائفة وطائفة وطائفة وقع بكل واحدة منهن ثلاث لانه لما عطف وجب قسم كل طائفة على حقتها ويستوي في ذلك المدخول بها وغيرها في قياس المذهب لان اوار لا تنقضي ترتيبا، وان قل أوقعت بينك نصف طائفة وثلاث طائفة وسدس طائفة فكذلك لان هذا

(فصل في تسمية بالحلف)

اختلف أصحابنا في الحلف بالطلاق فقال الناضي في الجامع وأبو الخطاب هو تعليق على شرط أي شرط كان الا قوله إذا شئت فأنت طالق ونحوه فإنه تمليك وإذا حضرت فأنت طالق فإنه طلاق بدعة وإذا طهرت فأنت طالق فإنه طلاق سنة وهو قول أبي حنيفة لان ذلك يسمى حلفا عرفا فيتعلق الحلف به كما لو قال ان دخلت الدار فأنت طالق ولان الشرط معنى القسم من حيث كونه جملة غير مستقلة دون الجواب فأشبهه قوله والله وبالله وتالله، وقال القاضي في المجرد هو تعاقبه على شرط يقصد به الحث على فعل أو المنع منه كقوله ان دخلت الدار فأنت طالق أو ان لم تدخلي فأنت طالق، أو على تصديق خبره كقوله انت طالق لقد وزب أو ان لم يقدم، فاما التعليق على غير ذلك كقوله انت طالق ان طلعت الشمس أو قدوم الحاج أو ان لم يقدم السلطان فهو شرط محض ليس بحلف لان حقيقة الحلف القسم، وانما سمي تعليق الطلاق على شرط حلفا تجوزا لمشاركته الحلف في المعنى المشهور وهو الحث أو المنع أو تأكيد الخبر نحو والله لانعلن أو لا أفعل أو لقد فعلت أو ان لم افعل، ومالم يوجب فيه هذا المعنى لا يصح تسميته حلفا وهذا مذهب الشافعي

﴿مسألة﴾ (فاذا قال ان حلفت بطلاقك فانت طالق)

ثم قال أنت طالق ان فقت أو دخلت الدار أو ان لم تدخلي الدار أو ان لم يكن هذا القول حقا فأنت طالق طائقت في الحال لانه حلف بطلاقها فان قال ان طلعت الشمس أو قدوم الحاج فأنت طالق

يقضي وقوع ثلاث على ما قدمنا ، وان قال أوقعت بينكن طامة فطامة فطامة ، أو طامة ، ثم طامة ، ثم طامة ، أو أوقعت بينكن طامة ، وأوقعت بينكن طامة فطامة ، ثلاثا الا التي لم يدخل بها فانها لا تطلق الا واحدة لأنها بانة بالاولى فلم يلحقها ما بعدها

(فصل فان قال لفساء أنتن طوائق ثلاثا أو طائفة كن ثلاثا طائفتن ثلاثا ثلاثا نص عليه احمد لان قوله لا يمكن يقتضي تطابق كل واحدة منهن وتعميمهن به ثم وصف ماعمن به من الطلاق بأنه ثلاث نصار اكل واحدة ثلاث بخلاف قوله أو وقعت بينكن ثلاثا فإنه يقتضي قسمة الثلاث عليهن اكل واحدة منهن جزء منها وجزء الواحدة من اثلاث ثلاثة أرباع تطاينة

(مسئلة) قال (وان قال لها شرك أو ظرك طالق لم تطلق)

لان الشعر والظفر يزولان ويخرج غيرهما فليس هما كالأعضاء الثابتة وبهذا قال أصحاب الرأي
وقال مالك والشافعي نطق بذلك ونحوه عن الحسن لانما جزء يستباح في كحلها نطق به كالأصبع
ولنا أنه جزء ينفصل عنها في حال السلامة لم نطق بطلانه كالحمل والريق فإنه لا خلاف فيهما، وفارق الأصبع
فإنه لا ينفصل في حال السلامة ولان الشعر لارواح فيه ولا ينجس بروت الحيوان ولا ينقض الوضوء مسه فأشبهه
العرق والريق والابن لان الحمل متصل بهارنا لم نطق بطلانه لان ما له الى الانفصال وهذه كذلك والسنن في
معناها لانها تزول من الصغير ويختلف غيرها وتقاطع من الكبير

لم تطاق في الحال على الوجه الثاني وهو قول الشافعي واختاره ابن عقيل وتطابق على الاول وهو قول أبي الخطاب وقد ذكرنا دليل القواين

﴿مسئلة﴾ (وان قال ان حلفت فان طاق وأعاده مرة اخرى طمئت واحدة لازاعادته حلف وان أعاده ثلاثا طمئت ثلاثا)

لان كل مرة يوجد بها شرط الطلاق وينعقد شرط طاقة أخرى وبهذا قال الشافعي واصحاب الرأي وقال ابو ثور ليس ذلك بخلف ولا يقع الطلاق بتكراره لانه تكرار للكلام فيكون تأكيداً لحلفا ولما انه تعليق للطلاق على شرط يمكن فعله وتركه فكان حلفا كما لو قال ان دخلت الدار فأتت طالق، وقوله انه تكرار للكلام حجة عليه فان تكرار الشيء عبارة عن وجوده مرة أخرى، وأما التأكيـد فانه يجعل عليه الكلام المكرر إذا قصده وههنا ان قصد افهامها فلما ان كرر ذلك لغير مدخول بها بانـتـ اطلاقاً ولم يقع بها أكثر منها

(مسئلة) (وان قال ان كلتيك فانت طالق واعاده ثلاثا طلقت ثلاثا) اوجود الصفة كالمسئلة قبلها

﴿مسئله﴾ (وان قال لامرأيه كلما حافت بطلافيكما فانها طالقان ثم اعاد ذلك ثلاثا طلقت كل واحدة منهما ثلاثاً)

(فصل) وإن أضانه إلى الريق والدسم والعرق والحمل لم تطاق لأنهم فيه خلافاً لأن هذه ليست من جسمها وإنما الريق والدسم والعرق فضلات تخرج من جوارحها فهو كائنها والحمل مودع فيها قال الله تعالى (وهو الذي أنشأكم من نفس واحدة فستقر وتستودع) قبل مستودع في بطن الأم وإن أضافه إلى الزوج يقال أبو بكر لا يختلف قرأ أحمد في الطلاق والعنق والغار والحرام أن هذه الأشياء لا تنزع إذا ذكر أربعة أشياء: الشعر والسن والظفر والروح جرد القول عنه مهنا بن يحيى والفضل بزياد القطان فبذلك أقول ووجهه أن الروح ليست عضواً ولا شيئاً يستمتع به

﴿مسئلة﴾ قال (وإذا لم يدر أطلق أم لا فلا يزول يمين النكاح بشك الطلاق)

وجملة ذلك أن من شك في طلاقه لم يلزمه حكمه نص عليه أحمد وهو مذهب الشافعي وأصحاب الرأي لأن النكاح ثابت بيمين فلا يزول بشك. والاصل في هذا حديث عبد الله بن زيد عن النبي ﷺ أنه سئل عن الرجل يخجل إليه أنه يجمد الشيء في الصلاة فقال «لا يصرف حتى يسمع صوتاً أو يجرد رجباً» متفق عليه فأمره بالبناء على اليقين وإطراح الشك، ولأنه شك طراً على يمين فوجب إطراحه كما لو شك المتطهر في الحدث أو المحدث في الطهارة، والورع التزام الطلاق فإن كان المشكك فيه طلاقاً رجعياً راجع امرأته إن كانت مدخولاً بها أو جرد نكاحها إن كانت غير مدخول بها أو قد انقضت عدتها، وإن شك في طلاق ثلاث دلائل واحدة وتركها لأنه إذا لم يطلها فيمين نكاحه باق فلا تحمل

لوجود شرطها وهو الحلف فإن كانت أحدهما غير مدخول بها بانت بالمرة الثانية فإذا أعاده بعد ذلك لم تطاق واحدة منهما لأن غير المدخول بها بائن فلم يكن إعادة هذا القول حالفاً بطلاقها وهي غير زوجة فلم يوجد الشرط، فإن شرط طلاقهما الحلف بطلاقهما جميعاً فإن جدد نكاح البائن ثم قال لها إن تكلمت فانت طالق فقد قيل يطلاقان حينئذ لأنه صار حالفاً بطلاقهما وقد حلف بطلاق المدخول بها بإعادة قوله في المرة الثالثة فطلقا حينئذ، قال شيخنا ويقوى عندي أنه لا يقع إطلاق بهذه التي جدد نكاحها لأنها حين إعادة المرة الثالثة بائن فلم تنعقد الصفة بالإضافة إليها كما لو قال لأجنبية إن حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم تزوجها وحلف بطلاقها ولكن تطاق المدخول بها حينئذ لأنه قد حلف بطلاقها في المرة الثالثة وحلف بطلاق هذه حينئذ بكل شرط طلاقها فطلعت وحدها

(فصل) فإن كان له امرأتان حفصة وعمرة، يقال إن حلفت بطلاقهما فعمرة طالق ثم أعاده لم تطاق واحدة منهما لأن هذا حلف بطلاق عمره وحدها فلم يوجد الحلف بطلاقهما، وإن قال بعد ذلك إن حلفت بطلاقكما فحفصة طالق طقت عمره لأنه حلف بطلاقهما بعد تعاقب طلاقهما على الحلف بطلاقهما ولم تطاق حفصة لأنه ما حلف بطلاقهما بعد تعاقب طلاقهما عليه، فإن قال بعد هذا إن حلفت بطلاقكما فعمرة طالق لم تطاق واحدة منهما لأنه لم يحلف بطلاقهما إنما حلف بطلاق عمره وحدها فإن قال بعد هذا إن حلفت بطلاقكما فحفصة طالق طلقت حفصة وعلى هذا القياس

لغيره . وحكي عن شريك أنه إذا شك في طلاقه طلقها واحدة ثم راجعها انكون الرجعة عن طاعة فتكون صحيحة في الحكم وليس بشيء . لان التلفظ بالرجعة ممكن مع الشك في الطلاق ولا يفتقر الى ما يفتقر اليه العبادات من النية ، ولانه لو شك في طقتين فطلق واحدة اصرار شاكا في تحررها عليه فلا تنفذه الرجعة

مسئلة قال (واذا طلق فلم يدرك او واحدة طلق أم ثلاثا اعتزلها وعليه نفقتها مادامت في العدة ، فان راجعها في العدة لزمته النفقة ولم يطأها حتى يتيقن كم الطلاق لانه متيقن بالتحريم شاك في التحليل)

وجملة ذلك أنه اذا طلق وشك في عدد الطلاق فإنه ينبغي على اليقين نص عليه احمد في رواية ابن منصور في رجل افظ بطلاق امرأته لا يدري واحدة أم ثلاثا ؟ قال أما الواحدة فقد وجبت عليه وهي عنده حتى يستيقن وبهذا قال ابو حنيفة والشافعي لان ما زاد على القدر الذي تيقنه طلاق مشكوك فيه فلم يلزمه كما لو شك في أصل الطلاق ، واذا ثبت هذا فإنه تقي أحكام المطلق دون الثلاث من إباحة الرجعة ، واذا راجع وجبت النفقة وحرق الزوجية قال الحارثي ويحرم وطؤها ونحوه قول مالك الا أنه حكي عنه أنه يلزمه الاكثر من الطلاق المشكوك فيه وقولها تيقن في التحريم لانه تيقن وجوده بالطلاق

(فصل) إذا قال لاحدهما إذا حللت بطلاقك فضررتك طالق ثم قال للآخرى مثل ذلك طلقت الثانية لان إعادته الثانية هو حلف بطلاق الأولى وذلك شرط وقوع طلاق الثانية ، ثم إن أعاده للأولى طلقت ثم كلما أعاده على هذا الوجه لامرأة طلقت حتى يكمل للثانية ثلاث ، ثم إذا أعاده للأولى لم تطق لان الثانية قد بانت منه فلم يكن ذلك حلما بطلاقها ، ولو قال هذا القول لامرأة ثم أعاده لها لم تطاق واحدة منهما لان ذلك ليس بحلف بطلاقها إنما هو حلف بطلاق ضررتها ولم يعلق على ذلك طلاقا **مسئلة** (وان قال لاحدهما اذا حللت بطلاق ضررتك فأنت طالق ثم قال ذلك للآخرى طلقت الأولى)

لان التعليق حلف وقد عاق طلاق ضررتها فطلق الأولى لوجود شرط طلاقها وهو تعليق طلاق ضررتها فان أعاده الأولى طلقت الاخرى لذلك ، وكلما أعاده لامرأة منهما على هذا الوجه طلقت الاخرى وان كانت إحداهما غير مدخول بها فطلقت مرة بانت ولم تطاق الاخرى بإعادته لها لانه ليس بحلف بطلاقها لكونها بانثنا

مسئلة (وان قل لدخول بهما كلما حللت بطلاق واحدة منكما فأنتا طالقتان وأعاد ثانيهما طلقت كل واحدة طلقتين) لان قوله ذلك حلف بطلاق كل واحدة منهما وحلفه بكل واحدة يقتضي طلاق اثنتين فطلعتا بحلفه بطلاق واحدة دامة طلقة وبحلفه بطلاق الاخرى طلقة طلقة

وشك في رفعه بالرجعة فلا يرتفع بالشك كما أو أصاب ثوبه نجاسة وشك في موضعها فإنه لا يزول حكم النجاسة بغسل موضع من الثوب ولا يزول إلا بغسل جميعه ، وفارق لزوم الذقة فإنها لا تزول بالطلاء الواحدة فهي باقية لأنها كانت باقية ولم يتيقن زوالها، وظاهر قول غير الحرق من أصحابنا أنه إذا راجعها حلت له وهو قول أبي حنيفة والشافعي وهو ظاهر كلام أحمد في رواية ابن منصور لأن التحريم المتعلق بما ينفيه يزول بالرجعة يقينا فإن التحريم أنواع تحريم تزيله الرجعة وتحريم يزيله نكاح جديد وتحريم يزيله نكاح بعد زوج وإصابة ومن تيقن الأدنى لا يثبت فيه حكم الأعلى كن تيقن الحدث الأصغر لا يثبت فيه حكم الأكبر وبزول تحريم الصلاة بالماء الصغرى ويخالف الثوب فإن غل بعضه لا يرفع ما بقية من النجاسة، فنظير مسئلتنا أن يدين نجاسة كالثوب ويشك في نجاسة سائرته فإن حكم النجاسة فيه يزول بغسل الكم وحدها كذا ههنا، ويمكن منع حصول التحريم ههنا ومنع يقينه، فإن الرجعية مباحة لزوجها في ظاهر المذهب فما هو إذا متيقن بالتحريم بل شك فيه، يتيقن بالإباحة

(فصل إذا رأى رجلان طائرا خلف أحدهما بالطلاق أنه غراب وحالف الآخر بالطلاق أنه حمام نظر ولم يلبس حاله لم يحكم بحث واحد منهما لأن يتيقن النكاح ثبت بوقوع الطلاق مشكوك فيه فإن ادعت امرأة أحدهما حنثه فيها فالأول قوله لأن الأصل معه والبقين في جانبه ولو كان الحالف واحداً فقال إن كان غراباً ففساؤه طاراق وإن كان حماماً فببببده أحراراً قال إن كان غراباً فريظ

(مسألة ١) (وان قال كلما حلت بطلاق واحدة منكما فهي طالق أو فضرتها طالق وأعادها طلنت كل واحدة منهما طائفة)

لأن حلفه بطلاق واحدة إنما اقتضى طلائها وحدها وما حلت بطلاقها إلا مرة فلا تطاق إلا طائفة (فصل) (وان قال لأحدهما إذا حلفت بطلاق ضررتك فهي طالق ثم قال للآخرى مثل ذلك لم تطاق واحدة منهما، ثم إن أعاد ذلك لأحدهما طلقت الأخرى ثم إن أعاده الأخرى طلقت صاحبتها ثم كلما أعاده لامرأة طلقت الأخرى إلا أن تكون إحدهما غير مدخول بها أو لم يبق من طلائها إلا دون الثلاث فإنها إذا بانث صارت كلا جنبية، فإن قال لأحدهما إذا حلفت بطلاق ضررتك فهي طالق ثم قال للآخرى إذا حلفت بطلاقك فأنت طالق طلقت في الحال، ثم إن قال للارلى مثل ما قال لها أو قال لثانية مثل ما قال لها طلقت الثانية وكذلك الثالثة، ولا يقع بالأولى بهذا طلاق لأن الحلف في الموضوعين إنما هو بطلاق الثانية، ولو قال للارلى إن حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم قال للآخرى إن حلفت بطلاق ضررتك فهي طالق طلقت الأولى، ثم متى أعاد هذين الشرطين مرة أخرى طلنت الأولى ثانية وكذلك الثالثة، ولا يقع بالثانية بهذا طلاق، ولو قال لأحدهما إذا حلفت بطلاق ضررتك فأنت طالق ثم قال للآخرى إذا حلفت بطلاق ضررتك فأنت طالق لم تطاق واحدة منهما لأنه في الموضوعين علق طلاق الثانية على الحالف بطلاق الأولى ولم يحلف بطلاقها، ولو أعاد ذلك لما لم تطاق

طالق وان كان حماما فهند طالق ولم يعلم ما هو لم يحكم بحشيه في شيء. لانه متيقن بالنكاح شك في الحنث فلا يزول عن يقين النكاح والملك بالشك ، فأما ان قال أحد الرجاين ان كان غرابا فامرأتها طالق ثلاثا وقال الآخر ان لم يكن غرابا فامرأتها طالق ثلاثا فطار ولم يعلم حاله فقد حنث أحدهما لا بعينه ولا يحكم به في حق واحد منهما بعينه بل تبقى في حقه أحكام النكاح من النفقة والكسوة والسكنى لان كل واحد منهما يقين نكاحه باق ووقوع طلاقه مشكوك فيه ، فأما الوطء فذكر القاضي انه يحرم عليهما لان أحدهما حانث يقين وامرأته محرمه عليه وقد أشكل فحرم عليهما جميعا كما لو حنث في إحدى امرأتيه لا بعينها ، وقال أصحاب الرأي والشافعي لا يحرم على واحد منهما وطء امرأته لانه محكوم ببقاء نكاحه ولم يحكم بوقوع الطلاق عليه وفارق الحانث في إحدى امرأتيه لانه معلوم زوال نكاحه عن إحدى زوجتيه قلنا انما نحقق حشيه في واحدة غير معينة وبالنظر الى كل واحدة مفردة فيقين نكاحها باق وطلاقها مشكوك فيه لكن لما تحققتنا ان أحدهما حرام ولم يمكن تمييزها حرمتا عليه جميعا وكذلك ههنا قد علمنا ان أحد هذين الرجاين قد طنقت امرأته وحرمت عليه وتعدر التمييز فيحرم الوطء عليهما ويصير كما لو تنجس أحد الاناثين لا بعينه فانه يحرم استعمال كل واحد منهما سواء كانا لرجلين او لرجل واحد ، وقال مكحول يحمل الطلاق عليهما جميعا ومال اليه أبو عبيد فان ادعى كل واحد منهما انه علم الحال وأنه لم يحنث دين فيما بينه وبين الله تعالى ونحو هذا قال عطاء والشعبي والزهرى

واحدة منهما وسواء تقدم القول لثانية على القول الاولى أو تأخر عنه

(فصل) فان كان له ثلاث نسوة فقل ان حلفت بطلاق زينب فعمره طالق ثم قال ان حلفت بطلاق عمرة فحنصة طالق ثم قال ان حانت بطلاق حنصة فزينب طالق طلقت عمرة وان جعل مكان زينب عمرة طلقت حنصة ثم متى أعاده بعد ذلك طلقت منهن واحدة على الوجه الذي ذكرناه وإن قال ان حلفت بطلاق زينب ففسائي طواق فقد حلفت بطلاق زينب بعد تعليقه طلاق نسائه على الحلف بطلاقها فطلقت كل واحدة منهن طائفة ولما قال ان حانت بطلاق حنصة ففسائي طواق فقد حلفت بطلاق عمرة ولم يتم بحلفه بطلاق زينب شيء. لانه قد حنث به مرة فلا يحنث ثانية ولو كان مكان قوله ان كما طلقت كل واحدة منهن ثلاثا لان كلها تقتضي التكرار ولو قال كلما حانت بطلاق واحدة منكن فأتين طواق ثم أعاد ذلك مرة ثانية طنقت ثلاثا ثلاثا لانه باعاده حلفت بطلاق كل واحدة منهن وحلفه لطلاق واحدة شرط لطلاق جميعا ولو قال ان حلفت بطلاق واحدة منكن فأتين طواق ثم أعاد ذلك طنقت كل واحدة منهن طائفة لان لا تقتضي التكرار ، وان قال بعد ذلك لاحداهن ان قت فأتين طالق لم تطاق واحدة منهن وان قال ذلك للثنتين الباقيتين طاق الجميع طائفة طائفة

(فصل) وان قال لزوجته ان حلفت بعق عبيدي فأنت طالق ثم قال ان حلفت بطلاقك فعبدي

والخاتمة العكلي والثوري والشافعي لأن كل واحد منهما يكر صدقه فيما ادعاه ، وإن أقر كل واحد منهما أنه الخائن طلق زوجته ، فقرارهما على أنفسهما وإن أقر أحدهما حنث وحده وإن ادعت امرأة أحدهما عليه الحنث فأنكر فالقول قوله وهل يحلف يخرج على روايتين

(فصل) فإن قال أحدهما إن كان هذا غرابا فعبيدي حر وقال الآخر إن لم يكن غرابا فعبيدي حر فطار ولم يعلم حاله لم يحكم بهنق واحد من العبدین فإن اشترى أحدهما عبد صاحبه بعد أن أنكر حنث نفسه عنق الذي اشتراه لأن أنكاره حنث نفسه اعتراف منه بحنث صاحبه وإقرار بهنق الذي اشتراه وإذا اشترى من أقر بحريته عنق عليه ، وإن لم يكن منه إنكار ولا اعتراف فقد صار العبدان في يده وأحدهما حر ولم يعلم بعينه وبرجم في تعيينه إلى القرعة ، وهذا قول أبي الخطاب وذهب القاضي إلى أنه يبنق الذي اشتراه في الموضعين لأن تمسكه بعبيده اعتراف منه بقرعه وحرية صاحبه ، وهذا مذهب الشافعي

ولنا أنه لم يعترف لفظا ولا فعل ما يلزم منه الاعتراف فإن الشرع يسوغ له إمساك عبده مع الجهل استنادا إلى الأصل فكيف يكون معترفاً مع تصريحه ، بأنني لا أعلم الحر منهم وإنما ؟ اكتفينا في إبقاء رق عبده باحتمال الحنث في حق صاحبه فإذا صار العبدان له وأحدهما حر لا بعينه صار كأنهما

حر طاعت ثم قال لبيده إن حلفت بهتقك فامرني طالق عنق العبد ولو قال له إن حلفت بطلاق امرأتي فأنت حر ثم قال لها إن حلفت بهنق عبيدي فأنت طالق عنق العبد ولو قال لبيده إن حلفت بهتقك فأنت حر ثم أعاده عنق العبد

(فصل) في تعلقه بالكلام إذا قال إن كلمتك فأنت طالق فمحقق ذلك طاعت لا بهتقها بعد عقد اليمين إلا أن يريد بعد انقضاء كلامي هذا أو نحوه وكذلك إن زجرها بقل تنحي أو اسكتي أو قال إن قتت فأنت طالق طاعت لأنه كلمتها بعد اليمين إلا أن ينوي كلاما مبدءا ويحتمل أن لا يحنث بالكلام المتصل بيمينه لأن إثباته به يدل على إرادته الكلام المفصل عنها وإن سمعها تذكره فقال الكاذب عليه لعنة حنث نص عليه أحمد لأنه كلمها

(مسئلة) (وإن قال إن بدأتك بالكلام فأنت طالق

فقلت إن بدأتك به فعبيدي حر انحلت يمينه لأنها كلمته فلم يكن كلامه لها بعد ذلك ابتداء إلا أن ينوي أنه لا يبدوها في مرة أخرى وبقيت يمينها معلقة فإن بدأها بكلام انحلت يمينها أيضا وإن بدأته هي عنق عبدها هكذا ذكره أصحابنا ، قال شيخنا : ويحتمل أن يحنث ببدايته إياها بالكلام في وقت آخر لأن الظاهر إرادته ذلك بيمينه

(مسئلة) (وإذا قال إن كلمت فلانا فأنت طالق فكلمته فلم يسمع لشاغله أو غفلة أو كاتبته أو راسلته أو حنث)

كانا له خلاف بعنى أحدهما وحده فيقرع بينهما حينئذ ، ولو كان الحالف واحدا فقال ان كان غرابا فعبيدي حر وان لم يكن غرابا فأمتي حرة ولم يعلم حاله فانه يقرع بينهما فيعنى أحدهما فان ادعى أحدهما انه الذي عنى أو ادعى كل واحد منهما ذلك فالقول قول السيد مع يمينه

(فصل) وان قال ان كان غرابا فهذه طابق وان لم يكن غرابا فهذه الاخرى طابق فطار ولم يعلم حاله فقد طافت احدهما فيحرم عليه قربانها ويؤخذ بنفقةهما حتى تدين المطلقة منهما لانهما محبوبستان عليه لحقه ، وذهب أصحابنا الى انه يقرع بينهما فتخرج بالقرعة المطلقة منهما كقولنا في العبيد ، والصحيح ان القرعة لا تدخل لما ههنا لما سنده فيا اذا طاق واحدة وأنسبها وهو قول أكثر أهل العلم فلي هذا يبقى التحريم فيهما الى أن يعلم المطلقة منهما ويؤخذ بنفقةهما ، فان قال هذه التي حثت فيها حرمت عليه ويقبل قوله في حل الاخرى ، فان ادعت التي لم يعترف بطلاقها انها المطلقة فالقول قوله لانه منكر وهل يحلف ؟ يخرج على روايتين

(فصل) فان قال ان كان غرابا ففساؤ طراقي وان لم يكن غرابا فعبيده أحرار وطار ولم يعلم حاله منع من التصرف في المملوكين حتى يتبين وعليه نفقة الجميع فان قال كان غرابا طابق نساؤه ورق عبيده فان ادعى أنه لم يكن غرابا ليعتقوا فالقول قوله وهل يحلف ؟ يخرج على روايتين ، وإن قال لم يكن

اذا كلمته فلم يسمع لتشاغله أو غلبته حث لانها كلمته وكذلك ان كاتبه أو راساته إلا أن يكون قصد ألا تشانه ، نص عليه أحمد ، وذلك لقول الله تعالى (وما كان لبشر أن يكلمه الله الا وحيا أو من وراء حجاب أو يرسل رسولا) ولان النصد بالترك لكلامها اياه هجرانه ولا يحصل ذلك مع مواصلته بالرسول والكتب ، ويحتمل أن لا يحث الا ان ينوي ترك ذلك لان هذا القسم ليس بتكلم حقيقة ولانه لو حلف لتكلمه لم يبرأ بذلك الا أن ينويه كذلك لا يحث به فان أرسلت انسانا يسأل أهل العلم عن مسألة أحدث فجاء الرسول فسأل المحلوف عليه لم يحث بذلك

(مسئلة) (وان أشارت اليه احتمل وجهين)

(أحدهما) لا تطلق لانه لم يوجد الكلام (والثاني) تطلق لانه يحصل به مقصود الكلام والاول أولى

(مسئلة) (وان كلمته سكران أو أصم بحيث يعلم أنها تكلمه أو مجنوناً يسمع كلامها حث)

لان السكران يكلم ويحث وربما كان تكليمه في حال سكره أضر من تكليمه في صحوه ولان المجنون يسمع الكلام أيضا ويحث وكذلك ان كلمت صبيبا يسمع ويعلم أنه مكلم حث فأما ان جنت هي وكلمته لم يحث لان القلم مرفوع عنها ولم يبق لكلامها حكم وان كلمته سكرانه حث لان حكمها حكم الصاحي وقيل لا يحث لانه لا عقل لها

(مسئلة) (وان كلمته ميتاً أو غائباً أو منمى عليه أو نائم لم يحث) وقال أبو بكر يحث لقول أصحاب

النبي ﷺ كيف تكلم أجسادا لا أرواح فيها

غرابا عتق عبيده ولم تطاق النساء، فان ادعين أنه كان غرابا ليطانن فالقول قوله وفي تحليفه وجهان وكل موضع قلنا يستحلف فنكل عن اليمين فضي عليه بنكوله، وان قال لأعلم ما الطائر؟ فنياس المذهب أن يقرع بينها فان وقعت القرعة على الغراب طلق النساء ورق العيد وان وقعت على العبيد عتقوا ولم تطاق النساء وهذا قول أبي ثور، وقال أصحاب الشافعي إن وقعت القرعة على العبيد عتقوا وإن وقعت على النساء لم يطعن ولم يعتق العبيد لان القرعة لها مدخل في العتق لكون النبي ﷺ أقرع بين العبيد الستة ولا مدخل لها في الطلاق لانه لم ينقل مثل ذلك فيه ولا يمكن قياسه على العتق لان الطلاق حل قيد النكاح والقرعة لا تدخل في النكاح والعتق حل الملك والقرعة تدخل في تمييز الاملاك قالوا ولا يقرع بينهم الا بعد موته ويمكن أن يقال علي هذا أن مالا يصلح للتعين في حق الموروث لا يصلح في حق الوارث كما لو كانت اليمين في زوجتين ولان الاما محرمات على الموروث تحرهما لا تزيله القرعة فلم ينجز للوارث بها كما لو تعين العتق فبين

(مسئلة) قال (واذا قال لزوجاته احداكن طالق ولم ينو واحدة بعينها أقرع بينهما فأخرجت بالقرعة المطلقة منهن)

وجهه أنه اذا طاق امرأة من نسائه لا بعينها فانها تخرج بالقرعة نص عليه في رواية جماعة، وبه

ولنا أن التكليم فعل يتعدى الى المكلم وقد قيل إنه مأخوذ من التكلم وهو الجرح لانه يؤثر فيه كتأثير الجرح ولا يكون ذلك الا باسماعه فأما تكليم النبي ﷺ الموتى فمن معجزاته فانه قال «ما أنتم باسمع لما أقول منهم» ولم يثبت هذا لغيره وقول أصحاب النبي ﷺ كيف تكلم أجساداً لأرواح فيها حجة لنا فانهم قالوا ذلك استعباداً وسؤالاً عما خفي عنهم سببه وحكمته حتى كشف لهم النبي ﷺ ذلك بامر مختص به فيبقى الامر فيمن سواه على النفي وإن سلمت عليه حث لانه كلام فان كان أحدهما اماماً والآخر مأموماً لم يحنث بتسليم الصلاة لانه لا يخرج منها الا أن ينوي بتسليمه المأمومين فيكون حكمه كما لو سلم عليهم في غير الصلاة، ويحتمل أن لا يحنث بحال لان هذا لا يعد تكليماً ولا يريد الخالف (فصل) فان حلف لا يكلم انساناً فكلم غيره وهو يسمع يقصد بذلك اسماعه كما لو قال إياك اعني

واسمعي باجارة حث نص عليه أحمد فقال اذا حلف لا يكلم فلانا فكلم انساناً وهو يسمع يريد بكلامه إياه المحلوف عليه حث لانه قد أراد تكليمه، وروي عن أبي بكرة ما يدل على أنه لا يحنث فانه حلف أن لا يكلم أخاه زياداً فاراد زياد الحج فجاء أبو بكرة فدخل قصره وأخذ ابنه في حجره فقال ان أباك يريد الحج والدخول على زوج رسول الله ﷺ بهذا السبب وقد علم أنه غير صحيح ثم خرج ولم ير أنه كلمه والاول أصح لانه اسماعه كلامه يريد به فأشبه ما لو خاطبه به ولان مقصود تكليمه قد حصل باسماعه كلامه

قال الحسن وأبو ثور وقال قتادة ومالك يطلقن جميعاً ، وقال حماد بن أبي سليمان والثوري وأبو حنيفة والشافعي له أن يخنار أيتن شاء فيوقع عليهما الطلاق لأنه يملك إيقاعه ابتداء وتعيينه فإذا أوقعه ولم يعينه ملك تعيينه لأنه استيفاء ما يملكه

ولنا أن ما ذكرناه مروى عن علي وابن عباس رضي الله عنهما ولا يخالف لهما في الصحابة ، ولأنه إزالة ملك بني على التغليب والسراية فتدخله القرعة كالعتق ، وقد ثبت الأصل بكون النبي ﷺ أقرع بين العبيد السنة ولأن الحق لواحد غير معين فوجب تعيينه بالقرعة كالخيرية في العبيد إذا أعتقهم في مرضه ولم يخرج جميعهم من الثالث وكالسفر باحدى نسائه والبدابة باحدهما في القسم وكالمشريكين إذا اقتسما ، ولأنه طلق واحدة من نسائه لا يعلم عينها فلم يملك تعيينها باختياره كالنسية ، وأما الدليل على أنهن لا يطلقن جميعاً أنه أضاف الطلاق الى واحدة فلم يطلق الجميع كما لو عينها قولهم إنه كان يملك الإيقاع والتعيين قلنا ما يملكه بالتعيين بالإيقاع لا يلزم أن يملكه بعده كالمطلق واحدة بعينها وأنسيها ، وأما إن نوي واحدة بعينها طلقت وحدها لأنه عينها بنيتها فأشبهه ما لو عينها بالفظه وإن قال إنما أردت فلانة قبل منه لأنه يحتمل ما قاله ، وإن مات قبل القرعة والتعيين أقرع الورثة بينهم فمن وقعت عليها قرعة الطلاق فحكمها في الميراث حكم ما لو عينها بالتطابق

(فصل) وإذا قال لئساؤه إحداكن طالق غداً فجاء غداً طلقت واحدة منهن وأخرجت بالقرعة ،

(فصل) فان حلف لا يكلم امرأته فجامعها لم يحنث إلا ان تكون نيته هجرانها قال أحمد في رجل قال لامرأته ان كلمتك خمسة أيام فأنت طالق إن له ان يجامعها ولا يكلمها فقال أي شيء كان به؟ وهذا يسوؤها أو يغبطها فان لم تكن له نية فله أن يجامعها ولا يكلمها وان حلف لا يقرأ كتاب فلان فقرأه في نفسه ولم يحرك شفثيه حنث لان هذا قراءة الكتب في عرف الناس فتتصرف يمينه اليه إلا أن ينوي حقيقة القرآن قال أحمد اذا حلف لا قرأت فلان كتاباً ففتحه حتى استقصى آخره إلا أنه لم يحرك شفثيه فان أراد أن يعلم ما فيه فقد علم ما فيه وقرأه

﴿مسئلة﴾ (فان قال لامرأته ان كلمتا هذين الرجلين فأنما طالقان فكلمت كل واحدة منهما واحداً طلقاً ويحتمل ان لا يحنث حتى تكلم جميعاً كل واحد منهما)

هذه المسئلة فيها وجهان (أحدهما) يحنث لان تكليمهما وجد منهما فحنث كما لو قال ان حضمتا فأنما طالقان فحاضت كل واحدة حيضة وكذلك لو قال ان ركبتهما بتيكما فأنما طالقان فركبت كل واحدة دابتهما (والثاني) لا يحنث حتى تكلم كل واحدة منهما الرجلين معاً لانه علق طلاقهما بكلامهما لهما فلا تطلق واحدة بكلام الاخرى وحدها ، وهذا أظهر الوجهين لصحاب الشافعي وهو أولى انشاء الله إذا لم تكن له نية وهكذا ان قال ان دخلتاه تين الدارين فالحكم فيها كذلك لان الأصل بقاء الكاح قال شيخنا فيما لم تجر العادة بانفراد الواحدة به قاما ماجرت العادة بانفراد الواحدة فيه بالواحد كنحو ركباً دابتيهما ولبسا نوبيهما وتقلدا سيفيهما

فان مات قبل الغد ورثته كهن ، وإن مات أحداهن ورثها لأنها ماتت قبل وقوع الطلاق فإذا جاء غد أقرع بين المينة والاحياء فان وقعت القرعة على الميتة لم يطلق شيء من الاحياء وصارت كالميتة بقوله أنت طالق غداً ، وقال القاضي قياس المذهب أن يتعين الطلاق في الاحياء فلو كانتا اثنتين فماتت احدهما طلقت الاخرى كما لو قال لامرأته وأجنبية احداً طالق وهو قول أبي حنيفة والفرق بينهما ظاهر فان الأجنبية ليست محلاً للطلاق وقت قوله فلا ينصرف قوله إليها وهذه قد كانت محلاً لطلاق وارادتها بالطلاق ممكنة وإرادتها بالطلاق كإرادة الاخرى وحدث الموت بها لا يقتضي في حق الاخرى طلاقاً فنبتى على ما كانت عليه والقول في تعليق العتق كالقول في تعاقب الطلاق وإذا جاء غد وقد باع بعض العبيد أقرع بينه وبين العبيد الآخر ، فان وقعت على المبيع لم يمتق شيء منه ، وعلى قول القاضي ينبغي أن يتعين العتق في الباقيين وكذلك ينبغي أن يكون مذهب أبي حنيفة والشاذي لأن له تعيين العتق عندهم بقوله فبيع أحدهم صرف لا يمتق عنه فيتمتع في الباقيين ، وإن باع نصف العبد أقرع بينه وبين الباقيين ، فان وقعت قرعة العتق عليه عتق نصفه وسري إلى باقيه إن كان المعتق مومراً وإن كان معسراً لم يعتق إلا نصفه

(فصل) وإذا قال امرأتي طالق وأمتي حرة وله نساء واماء ونوى بذلك معينة انصرف إليها وإن نوى واحدة مبهمه فهي مبهمه فيهن ، وإن لم ينو شيئاً فقال أبو الخطاب يطلق نساؤه كهن ويعتق

واعتقلاً ومحبيهما ودخلاً بزوجتيهما وأشباه هذا فانه يحث اذا وجد منهما منفردين وما لم تجز العادة فيه بذلك فهو على الوجهين فاما ان قال ان أكلتهما هذين الرغيفين فأكلت كل واحدة منهما رغيفاً فانه يحث لانه يستحيل ان تأكل كل واحدة منهما الرغيفين بخلاف الرجلين والدارين .

(مسئلة) (فان قال ان أمرتك خالفتني فانت طالق)

فنهاها خالفته لم يحث الا أن ينوي مطلق الخالفة اختاره أبو بكر وهو مذهب الشافعي لأنها خالفت أمره لأنها ، وقال أبو الخطاب يحث اذا لم يكن ممن يعرف حقيقة الامر والنهي اذا كان كذلك فانما يريد نفي الخالفة ، ويحتمل أن تطاق بكل حال لأن الامر بالشيء نهي عن ضده والنهي عنه أمر بضده فقد خالفت أمره وإن قال لها ان نهيتني عن نفع أمي فأنت طالق فقالت له لا تعطها من مالي شيئاً لم يحث لأن اعطاءها من مالها لا يجوز ولا يجوز النفع به فيكون هذا النفع محرماً فلا تناوله يمينه ويحتمل أن يحث لانه نفع ولفظه عام فيدخل المحرم فيه .

(فصل) اذا قال أنت طالق ان كنت زيداً ومحمد مع خالد لم تطاق حتى تكلم زيداً في حال كون محمد فيها مع خالد ، وذكر القاضي أنه يحث بكلام زيد فقط لأن قوله ومحمد مع خالد استئناف كلام بدليل أنه مرفوع والصحيح الاول لانه متى أمكن جعل الكلام متصلاً كان أولى من فصله والرفع لا ينبغي كونه حالاً فان الجملة من المبتدأ والخبر تكون حالاً كقوله (اقرب للناس حسابهم وهم في غفلة معرضون)

إماؤه لان الواحد المضاف يراد به الكل كقوله تعالى (وان تعدوا نعمة الله لا تحصوها) - وأحل لكم ليلة الصيام (ولان ذلك يروى عن ابن عباس ، وقال الجماعة يقع على واحدة مبهمة وحكمه حكم ماله قال إحدا كن طالق وإحدا كن حرة لان لفظ الواحد لا يستعمل في الجمع الا مجازاً والكلام لحقيقة ما لم يصرفه عن دليل ولو تساوى الاحتمالان لوجب قصره على الواحدة لانها اليقين فلا يثبت الحكم فيما زاد عليها بأمر مشكوك فيه وهذا أصح والله أعلم

﴿مسئلة﴾ قال (واذا طلق واحدة من نسائه وأنسيها أخرجت بالقرعة)

أكثر أصحابنا على أنه اذا طلق امرأة من نسائه وأنسيها أنها تخرج بالقرعة فيثبت حكم الطلاق فيها ويحل له البائيات ، وقد روى اسماعيل بن سعيد عن احمد ما يدل على أن القرعة لا تستعمل ههنا لمعرفة الحل وانما تستعمل لمعرفة الميراث فانه قل سألت احمد عن الرجل يطلق امرأة من نسائه ولا يعلم أينهن طالق قال أكره أن أقول في الطلاق بالقرعة قلت أرأيت ان مات هذا ؟ قال أقول بالقرعة وذلك لأنه تصير القرعة على المال وجماعة من روى عنه القرعة في المطلقة المذنية انما هو في التورث فاما في الحل فلا ينبغي أن يثبت بالقرعة وهذا قول أكثر أهل العلم قال كلام إذا في المسئلة في شيئين (أحدهما) في استعمال القرعة في المنسية للتورث (والثاني) في استعمالها فيها للحل ، أما الاول فوجهه

وقوله (الا استمعوه وهم يلعبون) وهذا كثير فلا يجوز قطعه عن الكلام الذي هو في سياقه مع امكان وصله به ولو قال ان كنت زيداً ومحمد مع خالد لم تطلق حتى تكلم زيداً في حال كون محمد مع خالد فكذلك اذا تأخر قوله محمد مع خالد ولو قال أنت طالق ان كنت زيداً وانا غائب لم تطلق حتى تكلمه في حال غيبته وكذلك لو قال أنت طالق ان كنت زيداً وأنت راكبة أو هو راكب أو ومحمد راكب لم تطلق حتى تكلمه في تلك الحال ولو قال أنت طالق ان كنت زيداً ومحمد أخوه مريض لم تطلق حتى تكلمه وأخوه محمد مريض

(فصل) وان قال ان كلنني الى ان يقدم زيد أو حتى يقدم زيد فانت طالق فكلمته قبل قدومه حنث لانه مد المنع الى غاية هي قدوم زيد فلا يحنث بعدها فان قال أردت ان استدمت كلامي من الآن الى أن يقدم زيد دين وهل يقبل في الحكم ؟ يحتمل وجهين

(فصل في تعليقه بالاذن)

﴿مسئلة﴾ (اذا قال ان خرجت بغير اذني أو الا باذني أو حتى آذن لك فانت طالق ثم آذن لها خرجت ثم خرجت بغير اذنه طلقت لخروجها بغير اذنه وعنه لا تطلق حتى ينوي الاذن في كل مرة)

لان إن لا تقتضي التكرار فتتناول الخروج في المرة الاولى

(مسئلة) (وان آذن لها من حيث لا تعلم فخرجت طلقت)

ماروى عبد الله بن حميد قال : سألت أبا جعفر عن رجل قدم من خراسان وله أربع ذوات قدم البصرة فطلق إحداها ونكح ثم مات لا يدري الشهود أيهن طاق ؟ فقال قال علي رضي الله عنه أقرع بين الأربع وانذر منهن واحدة واقسم بينهن الميراث ولأن الحقوق إذا تسارت على وجه لا يمكن التمييز إلا بالقرعة صح استعمالها كالشركاء في القسمة والعيد في الحرية ، وأما القرعة في الحل في المنسية فلا يصح استعمالها لأنه اشتبهت عليه زوجته بأجنبية فلم تحل له أحداها بالقرعة كما لو اشتبهت بأجنبية لم يكن له عليها عقد ولأن القرعة لا تنزل التحريم من المطلقة ولا ترفع الطلاق عن وقع عليه ، ولا احتمال كون المطلقة غير من خرجت عليها القرعة ولهذا لو ذكر أن المطلقة غيرها حرمت عليه ، ولو ارتفع التحريم أو زال الطلاق لما عاد بالذكر فيجب بقاء التحريم بعد القرعة كما كان قبلها ، وقد قال الحنفي فيمن طلق امرأته فلم يدر أو واحدة طلق أم ثلاثا ؟ ومن حلف بالطلاق أن لا يأكل ثمرة فوتمت في ثمر فأكل منه واحدة : لا تحل له امرأته حتى يعلم أنها ليست التي وقعت عليها اليمين فحرما مع أن الأصل بقاء النكاح ولم يعارضه يقين التحريم فهنا أولى وهكذا الحكم في كل موضع وقع الطلاق على امرأة بعينها ثم اشتبهت غيرها مثل أن يرى امرأة في روضة أو مولاة فيقول أنت طالق ولا يلم عينها من نسائه وكذلك إذا وقع الطلاق على إحدى نسائه في مسألة الطائر وشبهها فإنه يحرم جميع نسائه عليه حتى تدبى المطلقة ويؤخذ بنفقة الجميع لأنهن محبوسات عليه وإن أقرع بينهن لم تعد القرعة شيئا ولا يحل لمن وقعت عليها القرعة الزوج لأنها

لأنها إذا لم تعلم فليس باذن لأن الاذن هو الاعلام ولم يعلمها ، ويحتمل أن لا تطلق لأنه يقال اذن لها ولم تعلم .

﴿مسألة﴾ (وإن قال ان خرجت الى غير الحمام بغير اذني فانت طالق فخرجت الى غير الحمام طلقت سواء عدلت الى الحمام أو لم تعدل

وان خرجت تريد الحمام وغيره ففيه وجهان (أحدهما) يحنت لأنها خرجت الى غير الحمام وانضم اليه غيره فحنت بما حلف عليه كما لو حلف لا يكلم زيدا وعمر (والثاني) لا يحنت لأنها ما خرجت الى غير الحمام بل الخروج مشترك

﴿مسألة﴾ (وان خرجت تريد الحمام ثم عدلت الى غيره)

فقياس المذهب أنه يحنت لأن ظاهر هذه اليمين المنع من غير الحمام فكيفما صارت اليه حنت كما لو خالفت لفظه ، ويحتمل أن لا يحنت وهو قول الشافعي لأنها لم تفعل ما حلف عليه وتناول لفظه ونقل الفضل بن زياد عن أحمد أنه سئل إذا حلف بالطلاق أنه لا يخرج من بغداد الا نزهة فخرج الى النزهة ثم مر الى مكة فقال النزهة لا تكون الى مكة فظاهر هذا أنه أحسنه ووجه ما ذكرنا وقال في رجل حلف بالطلاق ان لا يأتي أرمينية الا باذن امرأته فقالت امرأته اذهب حيث شئت فقال لا حتى تقول الي أرمينية والصحيح أنه متى أذنت له اذنا عاما ما لم يحنت . قال القاضي : وهذا من كلام أحمد محمول

يجوز أن تكون غير الماطقة ولا يحل لزوج غيرها لاحتمال أن تكون المطلقة ، وقال أصحابنا إذا أقرع
بينهن فخرجت القرعة على إحداهن ثبت حكم الطلاق فيها فحل لها النكاح بعد قضاء عدتها ، وحل
للزوج من سواها كما لو كان الطلاق في واحدة غير معينة ، واحتجوا بما ذكرنا من حديث علي ولانها
مطابقة لم تعلم حينها فأشبه ما قال أحداكن طالق ، ولأنه إزالة أحد المالكين المبنيين على التغيب والسرية
أشبه النكاح ، والصحيح أن شاء الله أن القرعة لا تدخل ههنا لما قدمنا ، وفارق ما قالوا عليه فإن الحق لم
يثبت لواحد بيمينه فجعل الشرع القرعة معينة فانها تصلح للتعيين وفي مسئلتنا الطلاق واقع في معينة
لا محالة والقرعة لا ترفعه عنها ولا توقعه على غيرها ولا يؤمن وقوع القرعة على غيرها واحتمال وقوع
القرعة على غيرها كاحتمال وقوعها عليها بل هو أظهر في غيرها فانهم إذا كن أربعا فاحتمال وقوعه في
واحدة منهم بهينها أندر من احتمال وقوعه في واحدة من ثلاث ، ولذلك لو اشتبهت أخته بأجنبية أو
ميتة بمذكاة أو زوجته بأجنبية أو حلف بالطلاق لا يأكل ثمرة نوقعت في تمر وأشبه ذلك مما يطول
ذكره لا ندخله قرعة فكذا ههنا ، وأما حديث علي فيه في الميراث لا في الحل وما نعلم بالنول بها في
الحل من الصحابة قالوا

(فصل) فعلى قول أصحابنا إذا ذكر أن المطلقة غير التي وقعت عليها القرعة فقد تبين أنها كانت
محرمة عليه ، ويكون وقوع الطلاق من حين طاق لأن حين ذكر وقوله في هذا مقبول لأنه يقر على نفسه

على أن هذا خرج مخرج المصعب والكراهة ولو قالت هذا بطيب قلبها كان إذا منها وله الخروج
وان كان بلفظ عام .

(مسألة) (وان حلف لعامل أن لا يخرج إلا بأذنه فعزل فهل تتحل يمينه ؟ على وجهين)

وهذا مبني على ما إذا حلف يميناً عامة لسبب خاص هل تختص يمينه بسبب اليمين ؟ على وجهين
(أحدهما) أنها تختص به لأن الظاهر أنه أرادها فاختصت يمينه به كما لو نواه ، فعلى هذا تتحل يمينه لأنه
أما حلف عليه لكونه عاملاً له ، وهذا قول أصحاب أبي حنيفة ، وروي عن أحمد ما يدل على أن
يمينه تحمل على العموم فقال فيمن قال لله علي أن لا أصيد في هذا النهر لظلم رأه فتغير حاله فقال النذر
يوفي به وذلك لأن اللفظ دليل الحكم فيجب اعتباره في الخصوص والعموم كما في لفظ الشارع
ووجه الاول أن السبب الخاص يدل على قصد الخصوص ويقوم مقام النية عند عمومها لدلالته
عليها فوجب أن يختص به اللفظ العام كالنية ، وفارق لفظ الشارع فإنه يريد بيان الأحكام ولا يختص
بمحل السبب لكون الحاجة داعية الى معرفة الحكم في غير محل السبب ، فعلى هذا لو قامت امرأته
لتخرج فقال ان خرجت فانت طالق فرجعت ثم خرجت بعد ذلك أو دعاه انسان الى غدائه فقال
امرأتى طالق ان تغديت ثم رجعت فتغدى في منزله لم يحث على الاول ويحث على الثاني وان حلف

وترد اليه التي خرجت عليها القرعة لاننا تبينا أنها غير مطقة والقرعة ليست بطلاق لا صريح ولا كناية فان لم تكن تزوجت ردت اليه وقبل قوله في هذا لانه أمر من جهة لا يعرف إلا من قبله إلا أن تكون قد تزوجت أو يكون بحكم حاكم لانها اذا تزوجت تملك بها حق الزوج الثاني فلا يقبل قوله في فسخ نكاحه والقرعة من جهة الحاكم بالفرقة لا يمكن الزوج رفعها فتقع الفرقة بالزوجين

قال احمد في رواية الميموني اذا كان له أربع نسوة فطلق واحدة منهن ولم بدر أيهن طلق يقرع بينهما فان أقرع بينهما فوقعت القرعة على واحدة ثم ذكر النبي طلق فقال هذه ترجع اليه والتي ذكر أنه طلق يقع الطلاق عليها فان تزوجت فهذا شيء قد مر فان كان الحاكم أقرع بينهما فلا أحب أن ترجع اليه لان الحاكم في ذلك أكبر منه ، وقال أبو بكر وابن حامد متى أقرع ثم قال بعد ذلك ان المطلقة غيرها وقع الطلاق بهما جميعا ولا ترجع اليه واحدة منها لا أن النبي عينها بالطلاق تحرم بقوله وتوثره إن مات ولا يرثها وبجي. على قياس قولهما أن تلزمه نكحتها ولا يحل وطؤها

(فصل) فان قال هذه المطلقة قبل منه وان قال هذه المطلقة بل هذه طائفنا لانه أقر بطلاق الارلى فقبل اقراره ثم قبل اقراره بطلاق الثانية ولم يقبل رجوعه عما أقر به من طلاق الارلى وكذلك لو كن ثلاثا فقال هذه بل هذه طلقن كلهن ، وان قال هذه أو هذه بل هذه طلفت الثانية وإحدى الاولين وان قال طلفت هذه بل هذه أو هذه طلفت لارلى واحدة الاخرين وإن قال أنت طالتي وهذه أو هذه فقال القاضي هي كذلك وذكر انه قول الكسائي

لعامل ان لا يخرج الا باذنه او حلف بذلك على امرأته أو مملوكه فعزل العامل أو طالق المرأة أو باع المملوك أو حلف على وكيل فعزله خرج في ذلك كله وجهان

(فصل في تعلية بالمشيئة)

إذا قال أنت طالق إن شئت أو إذا شئت أو متى شئت أو كلما شئت أو كيف شئت أو حيث شئت أو أنى شئت لم تطلق حتى تقول قد شئت لان ما في القلب لا يعلم حتى يعبر عنه اللسان فيعلق الحكم بما ينطق به دون ما في القلب فلو شئت بقلبها دون نطقها لم يقع به طلاق ولو قالت قد شئت بلسانها وهي كارهة وقع الطلاق اعتباراً بالنطق وكذلك ان عاق الطلاق بمشيئة غيرها

(مسئلة) (ومتى وجدت المشيئة باللسان وقع الطلاق سواء كان على الفور أو التراخي)

نص عليه أحمد في تعليق الطلاق بمشيئة فلان وفيما اذا قال أنت طالق حيث شئت أو أين شئت ونحو هذا قال الزهري وقتادة ، وقال أبو حنيفة دون صاحبيه اذا قال أنت طالق كيف شئت تطلق في الحال مطلقة رجعية لان هذا ليس بشرط انما هو صفة للطلاق الواقع بمشيئتها

ولما أنه أضاف الطلاق الى مشيئتها فاشبه ما لو قال حيث شئت وقال الشافعي في جميع الحروف ان شئت في الحال والا فلا تطلق لان هذا تملك للطلاق فكان على الفور كقوله أخاري

وقال محمد بن الحسن تطلق الثانية ويبقى الشك في الاولى والثالثة، رجه الاول أنه عطف الإيابة على الاولى بغير شك ثم فصل بين اشائية والثالثة بحرف الشك فيكون الشك فيهما، ولو قال طلقت هذه أو هذه وهذه طلقت الثالثة وكان الشك في الاوليين ويحتمل في هاتين المسئلتين أن يكون الشك في الجميع لانه في الاولى أتى بحرف الشك بهما فيعود اليهما وفي المسئلة الثانية عطف الثالثة على الشك فعلى هذا اذا قال طلقت هذه وهذه أو هذه طواب بالبيان، فإن قال هي الثالثة طلقت وحدها، وإن قال لم أطلقها طلقت الاولتان، وإن لم يبين أفرع بين الاولتين والثالثة، قال القاضي في المجرى وهذا أصح وإن قال طلقت هذه أو هذه وهذه أخذ بالبيان، فإن قال هي الاولى طلقت وحدها، وإن قال ليست الاولى طلقت الآخريان كما لو قال طلقت هذه أو هاتين وليس له الوطاء قبل اتعيين فإن وطئ لم يكن تعيينا، وإن ماتت احدهما لم يتعين الطلاق في الاخرى، وقال ابو حنيفة يتعين الطلاق في الاخرى لانها ماتت قبل ثبوت طلاقها

ولأن موت احدهما أو وطأها لا ينفى احتمال كونها مطلقة لم يكن تعيينا غيرها كرضاء، وإن قال طلقت هذه وهذه أو هذه وهذه فالظاهر أنه طلق اثنتين لا يدري أيهما الاولتان أم الآخريتان كما لو قال طلقت هاتين أو هاتين فإن قال هما الاولتان تعين الطلاق فيهما، وإن قال لم أطلق الاولتين تعين الآخريتان

وقال أصحاب الرأي في أن كقوله وفي سائر الحروف كقولنا لان هذه الحروف صريحة في التراخي فحالت على مقتضاها بخلاف أن قلنا لا تقتضي زمانا وأما هي لمجرد الشرط فتقيده بالقوة فتضيقه وقال الحسن وعطاء في قوله أنت طالق ان شئت أما ذلك ماداما في المجلس

ولما انه تعاقب للطلاق على شرط فكان على التراخي كالتق وفارق اختاري فإنه ليس بشرط إنما هو تخيير فتقيد بالمجلس كخيار المجلس ويحتمل أن ينفى على المجلس كالاختيار لانه تمليك للطلاق فكان على الفور كقوله اختاري، والصحيح الاول وقد ذكرنا الفرق بين الاصل والفرع فان قيد المشيئة بوقت فقال أنت طالق ان شئت اليوم تقيد به فان خرج اليوم قبل مشيئتها لم تطلق وإن عاقه على مشيئة اثنين لم يقع حتى توجد مشيئتهما، وخرج القاضي وجها انه يقع بمشيئة احدهما كما يحدث بفعل بعض الحلو فإليه وقد بينا فساد هذا

(مسئلة) (وان قال أنت طالق ان شئت فقالت قد شئت ان شئت فقال قد شئت لم تطلق) لانها لم تشأ فان المشيئة أمر حقيقي لا يصح تعليقها على شرط وكذلك ان قالت قد شئت ان طلعت الشمس نص أحمد على هذا وهو قول سائر أهل العلم منهم الشافعي واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي قال ابن المنذر اجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل اذا قال لزوجته أنت طالق ان شئت فقالت قد شئت ان شاء فلان أنها قدردت الامر ولا يازمها الطلاق وان شاء فلان وذلك لانه لم يوجد منها مشيئة إنما وجد منها تعليق مشيئتها بشرط وليس تعليق المشيئة بشرط مشيئة، وإن علق الطلاق

وان قال انما أشك في طلاق النامية والآخرة بن طلقت الاولى وبقي الشك في الثلاث ومتى فسر كلامه بشي محتمل قبل منه

﴿مسئلة﴾ قال (فان مات قبل ذلك أقرع الورثة وكان الميراث للبواقي منهم)

نص أحمد على هذا . وقال أبو حنيفة يقسم الميراث بينهن كماهن لانهن تساوين في احتمال استحقاقه ولا يخرج الحق عنهن . وقال الشافعي يوقف الميراث المختص بهن حتى يصطاحن عليه لانه لا يعلم المستحق منهن . ووجه قول الحرفي قول علي رضي الله عنه ولاهن قد تساوين ولا سبيل الى التعمين فوجب المصير الى القرعة كمن اعتق عبدا في مرضه لا مال له سواهم ، وقد ثبت الحكم فيهم بانص . ولان تورث الجميع ترث لمن لا يستحق قينا والوقف لا الى غاية حرمان من يستحق بقينا والقرعة يسلم بها من هذين المحذورين ولها نظير في الشرع

(فصل) فان مات بعضهم أو جميعهم قرعنا بن الجميع فمن خرجت القرعة لها حرمناه ميراثها . وان مات بعضهم قبله وبعضهم بعده وخرجت القرعة لميتة قبله حرمنا ميراثها وان خرجت لميتة بعده حرمناها ميراثها والباقيات يرثنه ويرثه . فان قال الزوج بعد موتها هذه التي طلقها أو قال في غير المعينة هذه التي أردتها حرم ميراثها لانه يقر على نفسه ويرث الباقيات سواء صدقه ورثته أو كذبه

على مشيئة اثنين فشاء أحدهما على الفور والآخر على التراخي وقم الطلاق لان المشيئة قد وجدت منهما جميعا

﴿مسئلة﴾ (وان قال انت طالق ان شئت وشاء أبوك لم تطاق حتى يشاء) لان الصفة مشيئة لها ولا تطلق بمشيئة أحدهما لعدم وجود الشرط

﴿مسئلة﴾ (وان قال انت طالق ان شاء زبد فوات أو جن أو خرس قبل المشيئة لم تطاق) لان شرط الطلاق لم يوجد وحكي عن أبي بكر انه يقع ولانه علقه على شرط فوقع في الحال كالم قال انت طالق ان شاء الله وليس بصحيح لان الطلاق المعلق على شرط لا يقع اذا تعذر شرطه كالمعلق على دخول الدار، وان شاء وهو مجنون لم يقع طلاقه لانه لا حكم لكلامه وان شاء وهو سكران فالصحيح انه لا يقع لانه زائل العقل اشبه المجنون ، وقال اصحابنا يخرج علي الروايتين في طلاقه ، والفرق بينهما ان إيقاع طلاقه تغليظ عليه كيلا تكون المعصية سببا للتخفيف عنه وهما انما يقع الطلاق بغيره فلا يصح منه في حال زوال عقله ، وان شاء وهو صبي طفل لم يقع كالمجنون وان كان يعقل الطلاق وقع لان له مشيئة ولذلك صح اختياره لاحد أبويه وان كان أخرس فشاء بالاشارة وقم الطلاق لان اشارته تقوم مقام نطق الناطق ولذلك وقع طلاقه بها وان كان ناطقا حال اتعاقب خرس ففيه وجهان (أحدهما) يقع الطلاق بها لان طلاقه في نفسه يقع بها فكذلك طلاق من علقه بمشيئته (والثاني)

لان علم ذلك انما يعرف من جهته ولان الاصل بقاء النكاح بينهما وهم يدعون طلاقه لها ولاصل عدمه وهل يستحلف على ذلك؟ فيه روايتان . فان قلنا يستحلف فنكل حرمناه ميراثها لنكوله ولم يرث الاخرى لاقراره بطلاقها فان مات فقال ورثته لاحداهن هذه المطلقة فأقرت أو أقر ورثتها بعد موتها حرمناها ميراثه وان أنكرت أو أنكر ورثتها فقياس ما ذكرناه ان القول قولها لانها تدعي بقاء نكاحها وهم يدعون زواله والاصل معها فلا يقبل قولهم عليها الا بينة ، وان شهد اثنان من ورثته انه طلقها بقيات شهادتهما اذا لم يكونا ممن يتوفر عليهما ميراثها ولا على من لا تقبل شهادتهما له كأبهما وجنهما لان ميراث إحدى الزوجات لا يرجع الى ورثة الزوج وانما يتوفر على ضرائرها ، وان ادعت إحدى الزوجات انه طلقها طلاقا تبين به فأنكرها فالقول قوله وان مات لم يرثه لاقرارها بأنها لا تستحق ميراثه فقبلنا قولها فيما عليها دون مالها وعليها العدة لاننا لم نقبل قولها فيما عليها ، وهذا التفريع فيما اذا كان الطلاق بينهما ، فأما ان كان رجعي أو مات في عدتها أو ماتت ورث كل واحد منهما صاحبه

(فصل) واذا كانت له أربع نسوة فطلق احداهن ثم نكح أخرى بعد قضاء عدتها ثم مات ولم يعلم أيتهن طلق فلان تزوجها ربع ميراث النسوة نص عليه أحمد ولا خلاف فيه بين أهل العلم ثم يقرع بين الأربع فأيتهن خرجت قرعتها خرجت وورث الباقيات نص عليه أحمد أيضا ، وذهب الشعبي والنخعي وعطاء الخراساني وأوحيدة الى أن الباقي بين الأربع ، وزعم ابو عبيد انه قول أهل المجاز

لا يقع بها - لانه حال التعليق كان لا يقع الا بالنطق فلم يقيم بغيره كما لو قال في التعليق ان نطق فلان بمشيئته فهي طالق

﴿ مسألة ﴾ (وان قال انت طالق الا ان يشأ زيد مات او جن او خرس طلقت في الحال)

لانه أوقع الطلاق وعلق عقبه بشرط ولم يوجد واما اذا خرس فشاء بالاشارة خرج فيه الوجهان اللذان ذكرناهما بناء على وقوع الطلاق بأشارته اذا علق على مشيئته

﴿ مسألة ﴾ (وان قال انت طالق واحدة الا ان يشأ زيد ثلاثا فشاء ثلاثا فقال أبو بكر

تطلق ثلاثا في أحد الوجهين)

لان السابق الى الفهم من هذا الكلام ايقاع الثلاث إذا شاءها زيد كما لو قال له على درهم الا ان تقيم بينة بثلاثة وخذ درهما الا ان تريد أكثر منه ومنه قول النبي ﷺ « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا الا بيع الخيار » أي ان بيع الخيار يشترط الخيار فيه بعد تفرقهما والثاني لا تطاق وقال أصحاب الشافعي وأبي حنيفة لا تطلق اذا شاء ثلاثا لان الاستثناء من الاثبات نفى فتدبره انت طالق واحدة الا ان يشأ زيد ثلاثا فلا تطلق ولانه لو لم يقل ثلاثا لما طلقت بمشيئته ثلاثا فكذلك اذا قال ثلاثا لانه انما ذكر الثلاث صفة لمشيئة زيد الرافعة لطلاق الواحدة فيصير كما لو قال انت طالق الا ان يكرر زيد بمشيئته ثلاثا فاما ان لم يشأ زيد أو شاء أقل من ثلاث طلقت واحدة

وأهل العراق جميعاً . وقال الشافعي يرقف الباقي يذهن حتى يصلحن ووجه الاقوال ما تقدم
وقال أحمد في رواية ابن منصور في رجل له أربع نسوة طلق واحدة منهن ثلاثاً وواحدة اثنتين
وواحدة واحدة ومات على أثر ذلك ولا يدري أيهن طلق ثلاثاً وأيهن طلق اثنتين وأيهن واحدة يقرع يذهن
فالني أبانها تخرج ولا ميراث لها . هذا فيما إذا مات في عدتهن وكان طلاقه في صحته فإنه لا يحرم
الميراث الا المطلقة ثلاثاً فالباقيتان رجعتان يرثنه في العدة ويرثن من انقضت عدتهما من لم ترثه ولم
يرثها ولو كان طلاقه في مرضه الذي مات فيه لورثه الجميع في العدة وفيما بعدها قبل الزواج روايتان
(فصل) اذا طلق واحدة من نساءه لا بعينها أو بعينها فأنسبها فأنقضت عدة الجميع فله نكاح
خامسة قبل القرعة ، وخرج ابن حاتم وجهاً في أنه لا يصح نكاح الخامسة لان المطلقة في حكم نسائه
بالنسبة الى وجوب الانفاق عليها وحرمة النكاح في حقها ولا يصح لاننا علمنا أن منهن واحدة بائناً
منه ليست في نكاحه ولا في عدة من نكاحه فكيف تكون زوجته وانما الانفاق عليها لاجل حبسها
ومنعها من التزوج بغيره لاجل اشتباها ، ومتى علمناها بعينها إما بتعيينه أو قرعة فعدها من حين
طلاقها لا من حين عينها . وذكر أبو حنيفة وبعض أصحاب الشافعي أن عدتها من حين التعيين وهذا
فاسد فان الطلاق وقع حين ايقاعه وثبت حكمه في تحريم الوطء وحرمان الميراث من الزوج وحرمانه
منها قبل التعيين فكذلك العدة وانما التعيين تبين لما كان واقعاً ، وان مات الزوج قبل البيان فعلى
الجميع عدة الوفاة في قول الشعبي والنخعي وعطاء الخراساني

﴿ مسألة ﴾ (وان قال انت طالق ان شاء الله طالقت وان قال لامته انت حرة ان شاء الله عتقت
وحكي عنه انه يقع العتق دون الطلاق)

نص أحمد رحمه الله على وقوع الطلاق والعتق في رواية جماعة وقال ليس هما من الايمان وبهذا
قال سعيد بن المسيب والحسن ومكحول وقتادة والزهري ومالك واليث والاوزاعي وأبو عبيد وعن
أحمد ما يدل على ان الطلاق لا يقع ولا العتاق وهو قول طاوس والحكم وأبي حنيفة والشافعي لانه
علقه على مشيئة لم يعلم وجودها فلم يقع كالعلقها على مشيئة زيد واقول النبي ﷺ « من حلف فقال
ان شاء الله لم يحنث » رواه الترمذي وقال حديث حسن

ولنا ما روى ابو حمزة قال سمعت ابن عباس يقول اذا قال الرجل لامرأته انت طالق ان شاء الله
فهو طالق رواه أبو حفص بأسناده عن أبي بردة نحوه وروى ابن عمر وأبو سعيد قال كنا مع أشرف
أصحاب رسول الله ﷺ عليه وسلم نرى الاستثناء جائزاً في كل شيء الا في الطلاق والعتاق ذكره
ابو الخطاب وهذا نقل للاجماع فان قدرته انه قول بعضهم فقد انتشر ولم يعرف له مخاف فهو اجماع
ولانه استثناء يرفع جملة الطلاق فلم يصح كقوله انت طالق ثلاثاً الا ثلاثاً ولانه انشاء حكم في محل
فلم يرتفع بالمشيئة كالبيع والنكاح او نقول ازالة ملك فلم يصح تعليقه على مشيئة الله كما لو قال ابرأتك

قال أبو عبيد وهو قول أهل الحجاز والعراق لان كل واحدة منهن يحتمل انها باقية على النكاح والاصل بقاؤه فتلزمها عدته ، والصحيح انه يلزم كل واحدة أطول الاجلين من عدة الوفاة وعدة الطلاق لكن عدة الطلاق من حين طلق وعدة الوفاة من حين موته لان كل واحدة منهن يحتمل أن يكون عليها عدة الوفاة ويحتمل انها المطلقة فعليها عدة الطلاق فلا تبرا يقينا الا بأطولها وهذا في الطلاق البائن فأما الرجعي فعليها عدة الوفاة بكل حال لان الرجعية زوجة

(فصل) إذا ادعت المرأة أن زوجها طلقها فأنكرها فالتقول قوله لان الاصل بقاء النكاح وعدم الطلاق إلا أن يكون لها بما ادعته بينة ولا يقبل فيه الا عدلان ونقل ابن منصور عن احمد أنه سئل أنجز شهادة رجل وامرأتين في الطلاق قال لا والله إنما كان كذلك لان الطلاق ليس بمال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال في غالب الاحوال فلم يقبل فيه إلا عدلان كالحدود والقصاص فان لم تكن بينة فهل يستحلف فيه روايتان نقل ابو الخطاب أنه يستحلف وهو الصحيح لقول النبي ﷺ «ولكن اليمين على المدعى عليه» وقوله «اليمين على من أنكر» ولانه يصح من الزوج بذله فيستحلف فيه كالمهر ونقل أبو طالب عنه لا يستحلف في الطلاق والنكاح لا لا يقضي فيه بالكل ولا يستحلف فيه كالنكاح إذا ادعى زوجيتها فأنكرته ، وان اختلفا في عدد الطلاق فالتقول قوله لما ذكرناه فانما طلق ثلاثا

ان شاء الله او تعليق على مالا سئل الى علمه فاشبه تعاقبه على المستحيلات، والحديث لاحجة لهم فيه فان الطلاق انشاء وليس بيمين حقيقة وان سمي بذلك فمجاز لا تترك الحقيقة من أجله ، ثم ان الطلاق انما سمي يمينا اذا كان معاقا على شرط يمكن فعله وتركه ومجرد قوله انت طالق ليس بيمين حقيقة ولا مجازا فلم يكن الاستثناء بعد يمين، وقولهم علقه على مشيئة لا تعلم قلنا قد علمت مشيئة الله للطلاق بمباشرة الآدمي سببه قال قتادة قد شاء الله حين اذن ان تطلق ولو سلمنا انها لم تعلم لكن قد علقه على شرط يستحيل عنه فيكون كتعليقه على المستحيلات يلغو ويقع الطلاق في الحال، وحكي عن أحمد انه يقع العتق دون الطلاق وعلمه أحمد رحمه الله بان العتق لله سبحانه والطلاق ليس هو لله ولا فيه قرينة اليه ولانه لو قال لامته كل ولد تلدينه فهو حر فهذا تعليق بالحرية على الملك وهو صحيح ولان من نذر العتق لزمه الوفاء به ومن نذر الطلاق لا يلزمه الوفاء به فكما افترقا في النذر جاز ان يفترقا في اليمين

(مسألة) (وان قال انت طالق الا ان يشاء الله طقت) ووافق أصحاب الشافعي على هذا في

الصحيح من المذهب لانه أوقع الطلاق وعلق رفعه بمشيئة لم تعلم

(مسألة) (وان قال ان لم يشأ الله أو ما لم يشأ الله فلي وجهين)

(احدهما) يقع في الحال لان وقوع طلاقها اذا لم يشأ الله محال فلغت هذه الصفة ووقع الطلاق

(والثاني) لا يقع بناء على تعليق الطلاق على المحال مثل قوله انت طالق ان جمعت بين الضدين أو شربت

الماء الذي في الكوز ولا ماء فيه

وسمعت ذلك وأنكر أو ثبت ذلك عندها بتول عداين لم يحل لها تمكينه من نفسها وعليها أن تفر منه ما استطاعت وتمنع منه إذا أرادها ، وتفتدي منه أن قدرت قال أحمد لا يسهر أن تقيم معه ، وقال أيضا تفتدي منه بما تقدر عليه فإن أجبرت على ذلك فلا تزين له ولا تقربه وتهرب أن قدرت ، وإن شهد عندها عدلان غير متهمين فلا تقيم معه ، وهذا قول أكثر أهل العلم . قال جابر بن زيد وحماد بن أبي سليمان وابن سيرين تفر منه ما استطاعت وتفتدي منه بكل ما يمكن ، وقال الثوري وأبو حنيفة وأبو يوسف وأبو عبيد تفر منه ، وقال مالك لا تزين له ولا تبدي له شيئاً من شعرها ولا عريتها ولا يصيبها إلا وهي مكروهة ، وروى عن الحسن وزهري والنخعي يستحلون أن يكون الاثم عليه ، والصحيح ما قاله الأولون لأن هذه تعلم أنها أجنبية منه محرمة عليه فوجب عليها الانتعاع والفرار منه كسائر الاجنبيات وهكذا لو ادعى نكاح امرأة كذباً وأقام بذلك شاهدي زور فحكم له الخاك بالزوجة ، ولو تزوجها تزويجاً باطلاً وسلمت إليه بذلك فالحكم في هذا كله كالحكم في المطقة ثلاثاً

(فصل) ولو طلقها ثلاثاً ثم جرده طلاقاً لم ترثه نص عليه أحمد ، قال قتادة وأبو حنيفة وأبو يوسف والشافعي وابن المنذر وقال الحسن ترثه لأنها في حكم لزوجات ظاهرأ ولأنها تعلم أنها أجنبية فلم ترثه كسائر الاجنبيات ، وقال أحمد في رواية أبي طالب تهرّب منه ولا تزوج حتى يظهر طلاقها وتعلم ذلك بحجج فيدعيها فترد عليه وتعاقب ، وإن مات ولم يقر بطلاقها

(فصل) وإن قال أنت طالق لتدخلن الدار إن شاء الله لم تطلق دخت أو لم تدخلن لأمه ١ إن دخلت فقد فعلت المحلوف عليه وإن لم تدخل فلما إن الله لم يشأه لانه لو شاءه لوجدت أن ما شاء الله كان وكذلك إن قال أنت طالق لا تدخلن الدار إن شاء الله لما ذكرنا وإن أراد بالاستثناء والشرط رده إلى الطلاق دون الدخول خرج فيه من الخلاف ما ذكرنا في المنجز وإن لم تعلم نيته فالظاهر رجوعه إلى الدخول ويحتمل أن يرجع إلى الطلاق

(مسئلة) (وإن قال إن دخلت الدار فانت طالق إن شاء الله فدخلت فهل تطلق ؟ على روايتين)

(أحدهما) يقع الطلاق بدخول الدار ولا ينفعه الاستثناء لأن الطلاق والعناق ليسا من الإيمان ولما ذكرناه فيما إذا قال أنت طالق إن شاء الله (والثانية) لا تطلق وهو قول أبي عبيد إذا علق الطلاق بشرط صار يمينا وحلفاً فصح الاستثناء فيه لعموم قوله عليه السلام « من حلف على يمين فقال إن شاء الله لم يحنث » وفارق إذا لم يعلقه فإنه ليس بيمين فلا يدخل في العموم

(مسئلة) (وإن قال أنت طالق لرضي زيد أو مشيئته طلقت في الحال)

لأن معناه أنت طالق لكونه قد شاء ذلك أو رضيه كقوله هو حر لوجه الله أو لرضي الله فإن قال أردت به الشرط دين قال القاضي ويقبل في الحكم لأنه محتمل فإن ذلك يستعمل للشرط كقوله أنت طالق للسنة وهذا يظهر الوجهين لأصحاب الشافعي والوجه الثاني لا يقبل لأنه خلاف الظاهر

لأثره لا تأخذ ما ليس لها تفر منه ولا تخرج من البلد ولسكن تخفي في بلدها قيل له فان بعض الناس قال قتلته هي بمنزلة من يدفع عن نفسه فلم يعجبه ذلك فنعها من التعزيب قبل ثبوت طلاقها لانها في ظاهر الحكم زوجة هذا المطلق فاذا تزوجت غيره وجب عليها في ظاهر الشرع العقوبة والرد الى الاول ويجتمع عليها زوجان هذا بظاهر الامر وذلك بباطنه ولم يأذن لها في الخروج من البلد لان ذلك يقوي النعمة في نشوزها ، ولان في قتله قصداً لان الدافع عن نفسه لا يقتل قصداً فلما ان قصدت الدفع عن نفسها قال الى نفسه فلا أتم عليها ولا ضمان في الباطن فلما في الظاهر فانها تؤخذ بحكم القتل ما لم يثبت صدقها

(فصل) قال احمد اذا طلقها ثلاثا فشهد عليه أربعة أنه وطئها أقيم عليه الحد انما أرجبه لانها صارت بالطلاق أجنبية فهي كسائر الاجنبيات بل هي أشد تحريماً لانها محرمة وطئاً ونكاحاً فان جحد طلاقها ووطئها ثم قامت البينة بطلاقه فلا حد عليه ، وبهذا قال الشعبي ومالك وأهل الحجاز والثوري والاوزاعي وربيعة والشافعي وأبو ثور وابن المنذر لان جحده اطلاقه يوهن ما أنه نسب به ذلك شبهة في درء الحد عنه ولا سبيل لئالي لم يعرفه بالطلاق حالة وطئه إلا باقراره بذلك فان قال وطئتها علمنا بانني كنت طلقها ثلاثا كان إقراراً منه بالزنا فيعتبر فيه ما يعتبر في الاقرار بالزنا

(مسئلة) قال (واذا طلق زوجته أقل من ثلاث فقضت العدة ثم تزوجت غيره ثم أصابها ثم طلقها أو مات عنها وقضت العدة ثم تزوجها الاول فهي عنده على ما بقي من الثلاث)

(فصل) فان قال أنت طالق إن أحببت أو أردت أو كرهت احتمل ان يتعلق الطلاق بقولها بلسانها قد أحببت أو أردت أو كرهت لان هذه المعاني في القلب لا يمكن الاطلاع عليها الا من قبلها فيعلق الحكم بقولها كالمشيئة ويحتمل ان يتعلق الحكم بما في القلب من ذلك ويكون اللسان دليلاً عليه فعلى هذا لو أقر الزوج بوجوده وقع طلاقه وإن لم تتألف به ولو قالت أنا أحب ذلك ثم قالت كنت كاذبة لم تطلق (مسئلة) (وإن قال إن كنت تحبين أن يعذبك الله في النار فأنت طالق أو قال إن كنت تحبينه بقلبك فقلت أنا أحبه)

فقد توقف أحمد رحمه الله عنها وسئل فلم يجب فيها بشيء وفيها احتمالان (أحدهما) لا تطلق وهو قول أبي ثور لان المحبة في القلب ولا يوجد من أحد محبة ذلك وخبرها بحبها له كذب معلوم فلم يصح دليلاً على ما في قلبها (والاحتمال الثاني) تطلق قاله القاضي وهو قول أصحاب الرأي لان ما في القلب لا يوقف عليه الا من لفظها فاقضى تعليق الحكم بلفظها به كاذبة كانت أو صادقة كالمشيئة ولا فرق بين قوله ان كنت تحبين ذلك وبين قوله ان كنت تحبينه بقلبك لان المحبة لا تكون إلا بالقلب قال شيخنا والاولى أنها لا تطلق إن كانت كاذبة ، وهذا الاحتمال الاول والله أعلم

وجملة ذلك أن المطلق إذا بانّت زوجته منه ثم تزوجها لم يخل من ثلاثة أحوال (أحدها) أن تنكح غيره وبصبيها ثم يتزوجها الأول فهذه ترجع إليه على طلاق ثلاث باجماع أهل العلم قاله ابن المنذر (والثاني) أن يطلقها دون الثلاث ثم تعرد إليه برجة أو نكاح جديد قبل زوج ثان فهذه ترجع إليه على ما بقي من طلاقها بغير خلاف نعلمه (والثالث) طلقها دون الثلاث فنقضت عدتها ثم نكحت غيره ثم تزوجها الأول فعن أحمد فيها روايتان (إحداهما) ترجع إليه على ما بقي من طلاقها وهذا قول الأكاابر من أصحاب رسول الله ﷺ عمر وعلي وأبي ومعاذ وعمران بن حصين وأبي هريرة وروى ذلك عن زيد وعبد الله بن عمرو بن العاص وبه قال سعيد بن المسيب وعبيدة والحسن ومالك والثوري وابن أبي ليلى والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور ومحمد بن الحسن وابن المنذر (والرواية الثانية) عن أحمد أنها ترجع إليه على طلاق ثلاث وهذا قول ابن عمر وابن عباس وعطاء والنخعي وشريح وأبي حنيفة وأبي يوسف لأن وطء الزوج الثاني مثبت للحل فيثبت حلها يتسع لثلاث تطليقات كما بعد الثلاث لأن الوطء الثاني يهدم الطلقات الثلاث فأولى أن يهدم ما دونها

ولما أن وطء الثاني لا يحتاج إليه في الإحلال للزوج الأول فلا يغير حكم الطلاق كوطء السيد ولأنه تزويج قبل استيفاء الثلاث فأشبه ما لو رجعت إليه قبل وطء الثاني وقولهم أن وطء الثاني يثبت الحل لا يصح لوجهين (أحدهما) منع كونه شبيهاً لحل أصلاً وإنما هو في الطلاق الثلاث غاية التحريم

(فصل في مسائل متفرقة)

إذا قال أنت طالق إذا رأيت الهلال طلقت إذا رئي في أول الشهر . وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا تطلق حتى تراه لأنه علق الطلاق على رؤية نفسه أشبه تعليقه على رؤية زيد ولنا أن الرؤية في عرف الشرع العلم به في أول الشهر بدليل قوله عليه الصلاة والسلام « إذا رأيتم الهلال فصوموا وإذا رأيتموه فافطروا » والمراد به رؤية البعض وحصول العلم فانصرف لفظ الخالف إلى عرف الشرع كما إذا قال إذا صليت فأنت طالق فإنه ينصرف إلى الصلاة الشرعية لا إلى الدعاء وفارق رؤية زيد فإنه لم يثبت له عرف شرعي يخالف الحقيقة وكذلك لو لم يره أحد لم يكن ثبت الشهر بتمام العدد لأنه قد علم طلوعه إلا أن ينوي حقيقة رؤيتها فلا تطلق حتى تراه ويقبل قوله في ذلك لأنها رؤية حقيقة وتتعلق الرؤية برؤيته بعد الغروب فإن رأت قبل ذلك لم تطلق لأن هلال الشهر ما كان في أوله ولأننا جعلنا رؤية الهلال عبارة عن دخول الشهر ، ويحتمل أن تطلق برؤيته قبل الغروب لأنه يسمى رؤية والحكم متعلق به في الشهر فإن قال أردت إذا رأيته أنا بعيني فلم يره حتى أقمر لم يطلق لأنه ليس بهلال ، واختلاف فيما يصير به قرأ فقيل بعد ثالثة وقيل إذا استدأروا قيل إذا برضوه (فصل) قال أحمد إذا قال لها أنت طالق ليلة القدر يعز لها إذا دخل العشر وقبل العشر أهل

بدليل قوله تعالى (فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره) وحتى للغاية وإنما سمي النبي ﷺ الزوج الذي قصد الحيلة محالاً تجوزاً بدليل أنه لعنه ، ومن أثبت حلالاً يستحق لعناً (والثاني) أن الحل إنما يثبت في محل فيه تحريم وهي المطلقة ثلاثاً وههنا هي حلال له فلا يثبت فيها حل وقولهم إنه يهدم الطلاق لما بل هو غاية لتحريمه ومادون الثلاث لا تحريم فيها فلا يكون غاية له

﴿ مسألة ﴾ قال ﴿ وإذا كان المطلق عبداً وكان طلاقه اثنتين لم تحل له زوجته حتى تنكح زوجاً غيره حرة كانت الزوجة أومملوكة لأن الطلاق بالرجال والعدة بالنساء)

وجملة ذلك أن الطلاق معتبر بالرجال فإن كان الزوج حراً فطلاقه ثلاث حرة كانت الزوجة أو أمة ، وإن كان عبداً فطلاقه اثنتان حرة كانت زوجته أو أمة فإذا طلق اثنتين حرمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره روي ذلك عن عمر وعثمان وزيد وابن عباس وبه قال سعيد بن المسيب ومالك والشافعي وإسحاق وابن المنذر ، وقال ابن عمر أيهما رقي نقص الطلاق برقه فطلاق العبد اثنتان ، وإن كان تحت حرة وطلاق الأمة اثنتان وإن كان زوجها حراً وروي عن علي وابن سعود أن الطلاق معتبر بالنساء فطلاق الأمة اثنتان حراً كان الزوج أو عبداً وطلاق الحرة ثلاث حراً كان زوجها أو عبداً وبه قال الحسن وابن زياد وعكرمة وعبد بن مسروق والزهري والحكم وهما والثوري وأبو حنيفة لما روت

المدينة يرونها في السبع عشرة إلا أن الثابت عن النبي صلى الله عليه وسلم في العشرة الأواخر إنما أمره باجتنابها في العشر لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بالتماس ليلة القدر في العشر الأواخر فيحتمل أن تكون أول ليلة منه ويمكن أن يكون هذا منه على سبيل الاحتياط ولا يتحقق حتمه إلى آخر ليلة من الشهر لاحتمال أن تكون هي تلك الليلة

﴿ مسألة ﴾ (وإن قال من بشرتني بقدوم أخي فهي طالق فأخبرته امرأة طلقت الأولى منها إلا أن تكون الثانية هي الصديقة وحدها فتطلق وحدها)

إنما طلقت الأولى وحدها لأن التبشير خبر صدق تغير به بشرة الوجه من سرور أو غم وقد حصل بخبر الأولى واشترطنا صدقها لأنه متى علم أنه كذب زال السرور فإن كانت الثانية هي الصديقة طلقت وحدها لأن السرور إنما حصل بخبرها هذا إذا أخبرته أحدهما بعد الأخرى ، وإن بشره بذلك اثنتان أو ثلاث أو أربع دفعة واحدة طلقن كلهن لأن من تقع على الواحد فما زاد قال الله تعالى (فمن يعمل مثقال ذرة خيراً يره ومن يعمل مثقال ذرة شراً يره) وقال (ومن يقنت منكن لله ورسوله وتعمل صالحاً نؤتها أجرها مرتين)

﴿ مسألة ﴾ (وإن قال من أخبرتني بقدومه فهي طالق)

فكذلك عند القاضي تطاق الخبر الأولى إن كانت صادقة وإن كانت كاذبة احتمل أن لا تطلق

عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ أنه قال « طلاق الامة تطليقة ان وقرؤها حيزتان » رواه ابو داود وابن
ماجة ولان المرأة محل للطلاق فيعتبر بها كالعدة

ولما أن الله تعالى خاطب الرجال بالطلاق فكان حكمه معتبراً بهم ولان الطلاق خالص حق
الزوج وهو مما يختلف بالرق والحرية فكان اختلافه به كعدد المنكوحات ، وحديث عائشة قال
ابوداود راويه مظاهر بن أسلم وهو منكر الحديث وقد أخرجه الدارقطني في سننه عن عائشة قالت قال رسول
الله ﷺ « طلاق العبد اثنتان فلا تحل لاحتى تنكح زوجها غيره وتقر لامة حبيضة ان وتزوج الحرة على الامة
ولا تزوج لامة على الحرة » وهذا نص ولان الحرة ملك أن تزوج أربعاً فلك طائفتان ثلاثا كلوا كان تحتها
حرة ولا خلاف في أن الحر الذي زوجته حرة طلاقه ثلاث وان العبد الذي تحتها أمه حرة لانه ان كان وأما الخلاف
فيما اذا كان أحد الزوجين حرّاً ولا آخر رقيناً

(فصل) قال أحمد المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وطلانه وأحكامه كلها أحكام العبيد وهذا
صحيح فانه جاء في الحديث « المكاتب عبد ما بقي عليه درهم » ولانه يصح عنقه ولا ينكح الا اثنتين
ولا يتزوج ولا يتسرى الا باذن سيده وهذه أحكام العبيد فيكون طلاقه كطلاق سائر العبيد
وقد روى الاثرم في سننه عن سليمان بن يسار أن نفيماً مكاتب أم سلمة طلق امرأته حرة تطليقتين
فسأل عثمان وزيد بن ثابت عن ذلك فقالا حرمت عليك والمدير كالعبدان في نكاحه وطلاقه وكذلك
المعاق عنقه بصفة لانه عبد فنثبت فيه أحكام العبيد

وهو ظاهر كلام الفاضل لان الظاهر من حاله أنه أراد من أعلمني ولا يحصل الا بالصدق ولذلك لو قل
من بشرتني بقدمه فهي طالق لم تطاق الكاذبة وان كان السرور يحصل اذا جهل كذبه وان أخبرته
أخرى طاعت في قول أبي الخطاب لانها مخبرة، ولم تطاق عند الفاضل الثانية ولا الكاذبة كالبشارة سواء .
(فصل) اذا قال أول من يقوم منكم فهي طالق أو قال لعبيده أول من قام منكم فهو حر فقام
الكل دفعة واحدة لم يقع طلاق ولا عتق لانه لا أول فيهم وان قام واحد أو واحدة ولم يقم بعده
أحد احتمل وجهين (أحدهما) يقع الطلاق أو العتق لان الاول ما كان بعده شيء ولم يوجد .
فلى هذا لا يحكم بوقوع ذلك ولا انتفائه حتى يئأس من قيام أحد منهم بعده فتتجمل بعينه ، وان قام
اثنان أو ثلاثة دفعة واحدة وقام بعدهم آخر وقع الطلاق والعتق بمن قام في الاول بوقوعه على التماثل
والكثير قال الله تعالى (ولا تكونوا أول كافر به) وحكي عن القاضي فيمن قال أول من يدخل من
عبيدي فهو حر فدخل اثنان دفعة واحدة ثم دخل بعدهم آخر لم يمتق واحد منهم وهذا بعيد فانه قد
دخل بعضهم بعد بعض ولا أول فيهم وهذا لا يستقيم الا أن يكون قال أول من يدخل منكم وحده ولم
يدخل بعد الثالث أحد فانه لو دخل بعد الثالث أحد عتق لكونه أول من دخل وحده واذا لم يقل وحده
فان لفظة الاول تتناول الجماعة كما ذكرنا، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « أول من يدخل الجنة

(فصل) قال أحمد في رواية محمد بن الحكم العبد إذا كان نصفه حراً ونصفه عبداً يتزوج ثلاثاً ويطلق ثلاث طائقات وكذلك كلما تجزأ بالحساب إنما جعل له نكاح ثلاث لأن عدد المنكوحات يتبع فوجب أن يتبع في حقه كالحل فلا يمكن قسمته في حقه لأن مقتضى حاله أن يكون له ثلاثة أرباع الطلاق وليس له ثلاثة أرباع فكل في حقه ، ولأن الأصل اثبات الطائقات الثلاث في حق كل مطلق وإنما خولف فيمن كل الرق في حقه في من عداه يبقى على الأصل

(فصل) إذا طلق العبد زوجته اثنتين ثم عتق لم تحل له زوجته حتى تنكح زوجاً غيره لأنها حُرمت عليه بالطلاق تحرماً لا ينحل إلا بزواج وإصابة ولم يوجد ذلك فلا يزول التحريم وهذا ظاهر المذهب ، وقد روي عن أحمد أنه يحل له أن يتزوجها وتبقى عنده على واحدة . وذكر حديث ابن عباس عن النبي ﷺ في المملوكين إذا طلقها طائقتين ثم عتقا فله أن يتزوجها وقال لأرى شيئاً يدفعه وغير واحد يقول به أبو سلمة وجابر وسعيد بن المسيب ، ورواه الإمام أحمد في المسند وأكثر الروايات عن أحمد الأول وقال حديث عثمان وزيد في تحريرهما عليه جيد وحديث ابن عباس يروي، عمرو بن مغيث ولا أعرفه وقد قال ابن المبارك من أبو حسن هذا ؟ لقد حمل صخرة عظيمة منكراً لهذا الحديث ، قال أحمد أما أبو حسن فهو عندي معروف ولكن لا أعرف عمرو بن مغيث ، قال أبو بكر إن صح الحديث

فقراء المهاجرين « ولو قال آخر من يدخل منكن الدار فهي طالق فدخل بعضهم لم يحكم بطلاق واحدة منهم حتى يلبس من دخول غيرها بموته أو موته أو غير ذلك فيتين : وقوع الطلاق بأخرهن دخراً لا من حين دخلت وكذلك الحكم في العتق

(فصل) إذا قال إن دخل داري أحد فامرأتي طالق فدخلها هو أو قال لإنسان إن دخل دارك أحد فعبيدي حر فدخلها صاحبها فقال الناضي لا يحنث لأن قرينة حال المتكلم تدل على أنه حلف على غيره ويمنع من سواء فيخرج هو من العموم بالقرينة ويخرج الخاطب من اليمين أيضاً ويحتمل الحنث اخذاً بعموم اللفظ واعراضاً عن السبب

﴿مسئلة﴾ (وان حلف لا يفعل شيئاً ففعله ناسياً حنث في الطلاق والعناق ولم يحنث في اليمين المكفرة في ظاهر المذهب)

نقل ذلك عن أحمد جماعة واختاره الحلال وصاحبه وهو قول أبي عبيد وعن أحمد رواية أخرى أنه لا يحنث في الطلاق والعناق أيضاً وهو قول عطاء وعمرو بن دينار وابن أبي نجيح وإسحاق وابن المنذر وهو ظاهر مذهب الشافعي لقول الله تعالى (وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم) وقال النبي ﷺ «ان الله تجاوز لامتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» ولأنه غير قاصد للمخالفة فلم يحنث كالنائم والمجنون ولأنه أحد طرفي اليمين فاعتبر فيه القصد كحالة الابتداء بها

فأعمل عليه ، وإن لم يصح فأعمل على حديث عثمان وزيد وبه أقول ، قال أحمد ولو طلق عبد زوجته الامة تطليقتين ثم عتق واشتراها لم تحل له ، ولو تزوج وهو عبد فلم يطلقها أو طلقها واحدة ثم عتق فله عليها ثلاث تطليقات أو طلقها ان كان طلقها واحدة لانه في حال الطلاق حر فاعتبر حاله حينئذ كما يعتبر حال المرأة في العدة حين وجودها ، ولو تزوجها وهو حر كافر فسبي واسترق ثم أسلم جميعاً لم يملك الاطلاق العبيد اعتباراً بحاله حين الطلاق ولو طلق في كفره واحدة وراجعها ثم سبي واسترق لم يملك الا طلقة واحدة ولو طلقها في كفره طلقتين ثم استرق فأراد الزواج بها جاز وله طلقة واحدة لان الطلقتين وقعتا غير محرمتين فلا يعتبر حكمهما بإطراً بعدما كما أن الطلقتين من العبد لما أن وقعتا محرمتين لم يعتبر ذلك بالعتق بعدما

﴿مسئلة﴾ قال (وإذا قل لزوجته أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقتين طلقت بثلاث) نص أحمد على هذا في رواية مهنا ، وقال ابو عبد الله بن حامد تقع طلقتان لان معناه ثلاثة أنصاف من طلقتين وذلك طلقة ونصف ثم تكمل فنصير طلقتين وقبل بل لان النصف الثالث من طلقتين محال ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين ولنا أن نصف الطلقتين طلقة وقد أوقعه ثلاثاً فيقع ثلاث كما لو قال أنت طالق ثلاث طلقات ،

وعن أحمد رواية ثالثة انه يحنث في الجميع وتلزمه الكفارة في اليمين المكفرة وهو قول سعيد بن جبير ومجاهد والزهري وقتادة وربيعة ومالك (والقول الثاني) للشافعي لانه فعل ما حلف عليه قاصداً لفعله فلزمه الحنث كالذاكر وكما لو كانت اليمين بالطلاق والعتاق ووجه الاولى ان الكفارة انما تجب لرفع الائم ولا اثم على الناسي ولما ذكرنا من الآية والخبر واما الطلاق والعتاق فهو معلق بشرط فيقع بوجود شرطه من غير قصد كما لو قال انت طالق ان طلعت الشمس او قدم الحاج ولان هذا يتعاق به حق آدمي فيعلق الحكم به مع النسيان كالاتلاف

﴿مسئلة﴾ (وإن حلف لا يدخل على إنسان بيتاً أو لا يكلمه أو لا يسلم عليه أو لا يفارقه حتى يقضيه حقه فدخل بيتاً أو فيه ولم يلم أو سلم على قوم هو فيهم ولم يعلم أو تضاه حقه ففارقه فخرج رديتاً أو أحاله به ففارقه ظناً منه أنه قد برىء خرج على الروايتين في الناسي والجاهل فان في الناسي روايتين والجاهل مقيس عليه)

لانه غير قاصد للمخالفة وقد سبق دليل ذلك ، وكذلك إن حلف لا يكلم فلان أسلم عليه يحسبه أجنبياً أو حلف لا يسلم لزيد ثوباً فوكل زيد من يدفعه الى من يبيعه فدفعه الى الحالف فباعه من غير علمه فهو كالناسي لانه غير قاصد للمخالفة اشبه الناسي

﴿مسئلة﴾ (وإن حلف لا يفعل شيئاً ففعل بعضه لم يحنث وعنه يحنث الا ان ينوي جميعه)

وقولهم معناه ثلاثة أنصاف من طائفتين تأويل يخالفه ظاهر اللفظ فإنه على ما ذكره يكون ثلاثة أنصاف طائفة وينبغي أن يكون ثلاثة أنصاف طائفتين مخالفة لثلاثة أنصاف طائفة ، وقولهم أنه محال قلنا وقوع نصف الطائفتين عليها ثلاث مرات ليس بمحال فيجب أن يقع

(فصل) فإن قال أنت طالق ملء الدنيا ونوى الثلاث وقع الثلاث ، وإن لم ينو شيئاً أو نوى واحدة فهي واحدة ، قال أحمد فيمن قال لامرأته أنت طالق ملء البيت فإن أراد الغلظة عليها يعني يريد أن تبين منه فهي ثلاث فاعتبر نيته فدل على أنه إذا لم ينو يقع واحدة وذلك لأن الوصف لا يقتضي عدداً وهذا لا نعلم فيه خلافاً إلا أن الواحدة إذا وقعت كانت رجعية وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة وأصحابه تكون بائناً لأنه وصف الطلاق بصفة زائدة تقتضي الزيادة عليها وذلك هو البيئونة

ولما أنه طلاق صادف مدخولاً بها من غير استيفاء عدد ولا عوض فكان رجعياً كقوله أنت طالق وما ذكره لا يصح لأن الطلاق حكم فإذا ثبت ثبت في الدنيا كلها فلا يقتضي ذلك زيادة ، وإن قال أنت طالق أشد الطلاق وأغلظه أو أطول الطلاق أو أعرضه أو أنهصره أو مثل الجبل أو مثل عظم الجبل ولا نية له وقعت طائفة رجعية وبهذا قال الشافعي

وقال أبو حنيفة في جميعها يقع بائناً ، وقال أصحابه إن قال مثل الجبل كانت رجعية وإن قال مثل عظم الجبل كانت بائناً ، ووجه القولين ما تقدم ، ولأنه لا يملك إيقاع البيئونة فإنها حكم وليس ذلك إليه وإنما تثبت البيئونة بأسباب معينة كالخلع و"طلاق الثلاث والطلاق قبل الدخول فيملك مباشرة

هذه الرواية ظاهر المذهب نص أحمد على ذلك في رواية حنبل وصالح فيمن حلف على امرأته لا تدخل بيت أختها لم تطلق حتى تدخل كلها ألا ترى أن عوف بن مالك قال كلي أو بعضي لأن السكك لا يكون بعضها والبعض لا يكون كلا وهذا اختيار أبي الخطاب ومذهب أبي حنيفة والشافعي لأن النبي ﷺ كان يخرج رأسه وهو معتكف إلى عائشة فترجله وهي حائض والمعتكف ممنوع من الخروج من المسجد والحائض ممنوعة من البث فيه وروى عن النبي ﷺ أنه قال لا يجي بن كعب «إني لا أخرج من المسجد حتى أعلمك سورة» فلما أخرج رجله من المسجد علمه إياها ولأن يمينه تعلقت بالجميع فلم تتحل بالبعض كالأبواب وعنه أنه يحنث إلا أن ينوى جميعه حكى ذلك عن مالك وهو اختيار الحارثي لأن اليمين تقتضي المنع من تخلف فعل الخلو فالتقتضت المنع من فعل شيء منه كالنهي ونظير الحلف على ترك الشيء قوله سبحانه (لا تدخلوا بيوتكم) وقوله (لا تدخلوا بيوت النبي) لا يكون النهي ممثلاً إلا بترك الدخول كله ففتى أدخل بعضه لم يكن تاركاً لما حلف عليه فكان مخالفاً كالنهي عن الدخول والخلاف إنما هو في اليمين المطابقة فأما إن نوى الجميع أو البعض فيمينه على ما نوى وكذلك إن اقترنت به قرينة تقتضي أحد الأمرين تعلقت يمينه به كمن حلف لا شربت هذا النهر أو هذه البركة تعلقت يمينه ببعضه وجهاً واحداً وفيه خلاف نذكره في موضعه بعد

سببها فيثبت ، وإن أراد اثباتها بدون ذلك لم يثبت ، ويحتمل أن يكون أشد الطلاق عليه أو عليها وأغلظ لتهجلاها أو لحب أحدهما صاحبه ومشقة فراقه عليه فلم يقع امر زائد بالشك ، وإن قال أنت طالق أقصى الطلاق أو أكبره فكذلك في قياس المذهب ، ويحتمل أن يكون أقصى الطلاق ثلاثاً لأن أقصاه آخره وآخر الطلاق الثالثة ومن ضرورة كونها ثلاثة وقوع اثنتين ، وإن قال أم الطلاق أو أمه فواحدة إلا أنها تكون سنية لأنها أكل الطلاق وأمه

(فصل) وإن قال أنت طالق أكثر الطلاق أو كله أو جميعه أو منتهاه أو مثل عدد الحصى أو الرمل أو القطر طلنت ثلاثاً لأن هذا يقتضي عدداً ولأن الطلاق أقل وأكثر فأقله واحدة وأكثره ثلاث ، وإن قال كعدد التراب أو الماء وقع ثلاث ، وقال أبو حنيفة يقع واحدة بائناً لأن الماء والتراب من أمما ، الاجتناس لا عدد له

ولنا إن الماء تتعدد أنواعه وقطرانه والتراب تتعدد أنواعه وأجزاؤه فأشبه الحصى ، وإن قال يامائة طالق أو أنت مائة طالق طلنت ثلاثاً وإن قال أنت طالق كماثة أو ألف فهي ثلاث . قال أحمد فيمن قال أنت طالق كآف تطليقة فهي ثلاث وبه قال محمد بن الحسن وبعض أصحاب الشافعي . وقال أبو حنيفة وأبو يوسف : إن لم تكن له نية وتمت واحدة لأنه لم يصرح بالعدد وإنما شبهها بالآف وليس الموقع للشبه به

ولنا إن قوله كآف تشبيهه بعدد خاصة لأنه لم يذكر إلا ذلك فوقم العدد كقوله أنت طالق

(مسئلة) (وإن حلف ليفعلن شيئاً أو ليدخان الدار ، لم يبرأ إلا بفعل جميعه ، والدخول إلى الدار بجماعته) .

لا يختلف المذهب في ذلك ولا نعلم بين أهل العلم فيه اختلاف إلا أن اليمين تناولت فعل الجميع فلم يبرأ إلا بفعله كما لو أمره الله تعالى بفعل شيء لم يخرج من عهدة الأمر إلا بفعل الجميع لأن اليمين على فعل شيء . أخبار بفعله في المستقبل ، يؤكد بالقسم والخبر بفعل شيء . يقتضي فعله كله

(مسئلة) (وإن حلف لا يدخل داراً فلا دخلها ببعض جسده أو دخل طاق الباب أولاً وليس ثوباً من غزلها فلبس ثوباً فيه منه أولاً يشرب ماء هذا الكوز فشرب بعضه خرج على الروايتين فيمن فعل بعض المحلوف عليه ، وقد ذكرناه قبل هذه المسئلة

(مسئلة) (وإن حلف لا يشرب ماء هذا النهر فشرب منه حنث وجهاً واحداً)

لأن فعل الجميع ممتنع فلا تنصرف بيمينه إليه وكذلك إن قال والله لا آكل الخبز ولا أشرب الماء وما أشبهه مما يقع على اسم جنس أو علقه على اسم جم كالمسلمين والمشركون والمقراء والمساكين فإنه يحنث بالبعض ، وبهذا قال أبو حنيفة وسلمة وأصحاب الشافعي في اسم الجنس دون الجمع . وعلقه على اسم جنس مضاف كقوله والله لا شربت ماء هذا النهر ، أو قال والله لا شربت الماء وهو قول

كعدد الف وفي هذا انفصال عما قال . وان قال أردت أنها طائفة كألف في صوابها دين وهل يقبل في الحكم ؟ يخرج على روايتين

(فصل) وان قال أنت طالق من واحدة الى ثلاث وقع طلقين وبهذا قال أبو حنيفة لان ما بعد الغاية لا يدخل فيها كقوله تعالى (ثم أنموا الصيام الى الليل) وإنما يدخل اذا كانت بمعنى مع وذلك خلاف موضوعها وقال زفر يقع طائفة لان ابتداء الغاية ليس منها كقوله بعثك من هذا الخائط الى هذا الخائط . وقال أبو يوسف ومحمد يقع الثلاث لانه نطق بها فلم يحز إلاؤها

ولنا أن ابتداء الغاية يدخل كما لو قال خرجت من البصرة فانه يدل على انه كان فيها وأما انتهاء الغاية فلا يدخل بمقتضى اللفظ ولو احتمل دخوله وعدم دخوله لم ينجز الطلاق بالشك وان قال أنت طالق ما بين واحدة وثلاث وقعت واحدة لأنها التي بينهما

أبي حنيفة وأحد الوجهين لأصحاب الشافعي والوجه الآخر لا يحنث لان لفظه يقتضي جميعه فلم يحنث بفعل بعضه كالاداة

ولنا أنه لا يمكن شرب جميعه ففعلت يمينه ببعضه كما لو حلف لا يكلم الناس فكلم بعضهم وجب . هذا فارق ماء الاداة فان نوى بيمينه فعل الجميع وكان في لفظه ما يقتضي ذلك لم يحنث إلا بفعل الجميع بلا خلاف فلو قال لا صمت يوما او لا صليت صلاة أو لا أكلت رغيفا أو قال لزوجه ان حضت حبيضة فهذا وشبهه مما يدل على ارادة الجميع فوجب تعلق اليمين به

(فصل) إذا حلف لا شربت من ماء الفرات فشرب من مائه حنث سواء كرع فيه أو اغترف منه ثم شربه وبه قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد ، وقال أبو حنيفة لا يحنث حتى يكرع فيه لان حقيقة ذلك الكرع فلم يحنث بغيره كما لو حلف لا يشرب من هذا الاناء فمصب منه في غيره وشرب ولنا أن معنى يمينه أن لا يشرب من ماء الفرات لان الشرب يكون من مائه لا منها في العرف فحملت اليمين عليه كما لو حلف لا شربت من هذا البئر ولا أكلت من هذه الشجرة ولا شربت من هذه الشاة ، وينارق الكوز فان الشرب في العرف منه لانه آلة للشرب بخلاف النهر ، وما ذكره يبطل بالبئر والشاة والشجرة وقد سلموا أنه لو استسقى من البئر أو حلب لبن الشاة أو التقط من الشجرة فشرب وأكل أنه يحنث فكذا في مسائنا

(فصل) وان حلف لا يشرب من ماء الفرات فشرب من نهر يأخذ منه حنث لانه من ماء الفرات وان حلف لا يشرب من الفرات فشرب من نهر يأخذ منه ففيه وجهان [أحدهما] يحنث لان معنى الشرب منه الشرب من مائه فحنث كما لو حلف لا شربت من مائه وهذا أحد الاحتمالين لأصحاب الشافعي

(واثاني) لا يحنث ، وهو قول أبي حنيفة وأصحابه إلا أبا يوسف فان عنه رواية أنه يحنث

(فصل) فإن قال أنت طالق طلقة في اثنتين أو واحدة في اثنتين ونوى به ثلاثا فهي ثلاث لأنه يعبر بنفي عن مع كونه (ادخلي في عبادي) فتقدير الكلام أنت طالق طلقة مع طلقتين فإذا أقر بذلك على نفسه قبل منه ، وإن قال أردت واحدة قبل أيضا حاسبا كان أو غير حاسب وقال القاضي إذا كان عارفا بالحساب لم يقبل منه ووقع طلقتان لأنه خلاف ما اقتضاه اللفظ

ولما أنه فسر كلامه بما يحتمل فإنه لا يبعد أن يريد بكلامه ما يريد الباطني ، وإن لم تكن له نية وكان عارفا بالحساب وقع طلقتان ، وقال القاضي إن أطلق لم يقع إلا واحدة لأن لفظ الإيقاع إنما هو بلفظ الواحدة وما زاد عليها لم يحصل فيه لفظ الإيقاع ، وأما يقع الزائد بقصد فإذا خلا عن القصد لم يقع إلا ما أوقعه ، وقال بعض أصحابه كقولنا ، وقال أبو حنيفة لا يقع إلا واحدة سواء قصد به الحساب أو لم

وإنما قلنا إنه لا يحنث لأن ما أخذه النهر يضاف إلى ذلك النهر لا إلى الفرات وبزول باضافته إليه عن إضافته إلى الفرات فلا يحنث به كغير الفرات

(مسألة) (وإن حلف لا يلبس ثوبا اشتراه زيد أو نسجه أو لا يأكل طعاما طبخه فلبس ثوبا نسجه هو وغيره أو اشتراه أو أكل طعاما طبخه فعلى روايتين)

[إحداها] يحنث كما لو حلف أن لا يلبس من غزل فلانة فلبس ثوبا من غزلها وغزل غيرها (والثانية) لا يحنث وهو قول أبي حنيفة والشافعي لأنه لم يلبس ثوبا كاملا ، وكذلك إن حلف لا يلبس ثوبا نسجه زيد ولا يأكل من قدر طبخها ولا يدخل دارا اشتراها ولا يلبس ثوبا خاطه زيد ففعل ذلك هو وغيره فلبس الشرب أو دخل الدار أو أكل الطعام ففي هذا كله من الخلف ما ذكرنا فيمن حلف لا يفعل شيئا ففعل بعضه ، فأما إن حلف لا يلبس مما خاطه زيد فإنه يحنث بلبس ثوب خاطه جميعا لأنه لبس مما خاطه زيد بخلاف ما إذا قال ثوبا خاطه زيد ، وإن حلف لا يدخل دارا لزيد فدخل دارا له ولغيره خرج فيه وجهان بناء على ما ذكرنا

(مسألة) (وإن حلف لا يأكل طعاما اشتراه زيد فأكل طعاما اشتراه هو وغيره حنث إلا أن يكون أراد أن لا يتفرد أحدهما بالشراء)

وبهذا قال أبو حنيفة ومالك وقال الشافعي لا يحنث وذكر أبو الخطاب فيه احتمالين لأن كل جزء لم يتفرد أحدهما بشرائه فلم يحنث كما لو حلف لا يلبس ثوبا اشتراه زيد فلبس ثوبا اشتراه هو وغيره ولنا أن زيدا اشترى نصفه وهو طعام وقد أكله فأشبهه ما لو اشتراه زيد وخلطه بما اشتراه عمرو فأكل الجميع ، فأما الثوب فلا نسلمه وإن سلمناه فالفرق بينهما أن نصف الثوب ليس بثوب ونصف الطعام طعام وقد أكله بعد أن اشتراه زيد ، وإن اشترى زيد نصفه مشاعا واشترى نصفه ثم اشترى آخر بأكمله منه حنث والخلاف فيه على ما تقدم ، فأما إن اشترى زيد نصفه معينا ثم خلطه بالنصف الآخر ثم أكل أكثر من النصف حنث وجهان أحدهما بغير خلاف لأنه أكل مما اشتراه زيد يقينا

يقصد إذا لم يقصد به واحدة مع اثنتين لأن الضرب إنما يصح فيما له مساحة فأما مالا مساحة له فلا حقيقة فيه للحساب ، وإنما حصل منه الإيقاع في واحدة فوُقت دون غيرها
ولما أن هذا اللفظ موضوع في اصطلاحهم لاثنتين فإذا لفظ به وأطلق وقع كما لو قال أنت طالق اثنتين وبهذا يحصل الانفصال عما قاله الثاني فإن اللفظ الموضوع لا يحتاج معه إلى نية ، فأما ما قاله أبو حنيفة فأما ذلك في وضع الحساب في الأصل ثم صار مستعملا في كل ماله عدد فصار حقيقة فيه ، فأما الجاهل بمقتضى ذلك في الحساب إذا أطلق وقعت طاعة واحدة لأن لفظ الإيقاع إنما هو لفظة واحدة وإنما صار مصروفا إلى اثنتين بوضع أهل الحساب واصطلاحهم فمن لا يعرف اصطلاحهم لا يلزمه مقتضاه كالمعبر ينطق بالطلاق بالمعجبة وهو لا يعرف معناها ، ولم يفرق أصحابنا في ذلك

وان أكل نصفه أو أقل من نصفه ففيه وجهان

[أحدهما] بحث لانه يستحيل في العادة انفراد ما اشتراه زيد من غيره فيكون الحنث ظاهراً (والثاني) لا يحنث لان الأصل عدم الحنث ولم يتيقن وان أكل من طعام اشتراه زيد ثم باعه أو اشتراه لغيره حنث ويحتمل أن لا يحنث وكل وضع لا يحنث فحكمه حكم ما لو حلف لا يأكل ثمرة فوُقت في نحر فاكل منه واحدة على ما سنده إن شاء الله تعالى والله أعلم

﴿ باب التأويل في الحلف ﴾

ومعنى التأويل أن يريد بلفظه ما يخالف ظاهره فإن كان الخاف ظالماً لم ينفعه تأويله لقول رسول الله ﷺ « يمينك على ما يصدقك به صاحبك » وان لم يكن ظالماً لم ينفعه تأويله نحو أن يحلف أنه أخى يريد بذلك أخره في الاسلام أو يعني بالسقف والبناء السماء وبالبساط والفرش الأرض وبالأوتاد الجبال وباللباس اللبل أو يقول مارأيت فلانا أي ما ضربت رثته ولا ذكركه أي ما قطعت ذكركه أو يقول جراري أحرار ، يعني سفنه ونسائي طواق يعني النساء الأقارب منه أو يقول ما كاتب فلانا ولا عرفته ولا أعلمته ولا سأله حاجة ولا أكلت له دجاجة ولا فروجا ولا شربت له ماء ولا في بيتي فرش ولا حصير ولا بارية ، ويعني بالمكاتب مكتبة الرقيق وبالتعريف جعله عريفاً وبالأعلام جعله أعلم الشفة والحاجة شجرة صغيرة والدجاجة السكبة من الغزل والفروج الدراة والفرش صغار الابل والحصير الحبس والبارية السكين التي يبري بها ، أو يقول والله ما أكلت من هذا شيئاً ولا أخذت منه يعني الباقي بعد أخذه وأكله فهذا واشباهه مما يسبق إلى فهم السامع خلافه إذا عناه يمينه فهو تأويل لانه خلاف الظاهر .

(فصل) ولا يخو حال الخالف المتأول من ثلاثة أحوال

[أحدها] أن يكون مظلوماً مثل أن يستعاضه ظالم على شيء لو صدقه الظالم أو ظلم غيره أو أقال

بين أن يكون المتكلم بذلك ممن لهم عرف في هذا اللفظ أو لا . والظاهر أنه ان كان المتكلم بذلك ممن عرفهم ان في ههنا بمعنى مع وقع به ثلاث لان كلامه يحمل على عرفهم والظاهر منه ارادته وهو المتبادر الى الفهم من كلامه، فان نوى موجبه عند أهل الحساب فقال القاضي لا يلزمه مئة ضاه كالعربي ينفق بالطلاق بالعجمية ولا يعرف معناها وهذا قول أكثر أصحاب الشافعي لانه اذا لم يكن يعرف موجبه فلم يتصد إيقاعه ولا يصح منه قصد ما لا يعرفه

(فصل) فان قال أنت طالق طلقة بل طلقتين وقع طلقتان نص عليه أحمد ، وقال أصحاب الشافعي يقع ثلاث في أحد الوجهين لان قوله أنت طالق إيقاع فلا يجوز إيقاع الواحدة مرتين فيدل على انه أوقعها ثم أراد رفعها وأوقع اثنتين آخرتين فتقع الثلاث

مسلماً منه ضرر فله تأويله ، قال مهنا سألت أحمد عن رجل له امرأتان اسم كل واحدة منهما فاطمة فماتت واحدة منهما فحلف بطلاق فاطمة ونوى التي ماتت ، قال ان كان المستحلف له ظالماً فالنية نية صاحب الطلاق وان كان المطلق هو الظالم فالنية نية الذي استحلفه ، روى أبو داود بإسناده عن سويد بن حنظلة قال خرجنا نريد رسول الله ﷺ ومعنا وائل بن حجر فاخذته عدوله فتهرج القوم أن يحملوا فحلفت أنه أخي فحلفي سبيله فأتينا رسول الله ﷺ فذكرنا ذلك له فقال « أن كنت أصدقهم وأبرم المسلم أخو المسلم » وقال النبي ﷺ « ان في المعاريض لمدوحة عن الكذب » يعني سعة المعاريض التي يوم بها السامع غير ما عناه ، قال محمد بن سيرين الكلام أوسع من أن يكذب ظريف يعني لا يحتاج أن يكذب لكثرة المعاريض وخص الظريف بذلك يعني به الكيس الفطن فانه يفتن التأويل فلا حاجة به إلى الكذب

(الوجه الثاني) أن يكون الحالف ظالماً كالذي يستحلفه الحاكم على حق عنده فهذا تنصرف يمينه إلى ظاهر الذي عناه المستحلف ولا ينفع الحالف تأويله ، وبهذا قال الشافعي ولا نعلم فيه مخالفاً فان أبا هريرة قال قال رسول الله ﷺ « يمينك على ما يصدقك به صاحبك » رواه مسلم ولانه لو ساغ التأويل لبطل المعنى المبتغى باليمين اذ مقصودها تخويف الحالف ليرتدع عن الجحود خوفاً من عاقبة اليمين الكاذبة ، فمضى ساغ التأويل له انتهى ذلك فصار التأويل وسيلة الى جحد الحقوق ، قال ابراهيم في رجل استحلفه السلطان على شيء بالطلاق فوردى في يمينه إلى شيء أجزأ عنه وان كان ظالماً لم يجز عنه التأويل .

(الحال الثالث) أن لا يكون ظالماً ولا مظلوماً فظاهر كلام أحمد أن له تأويله فانه روي أن مهنا كان عنده هو والمروذي وجماعة فجاء رجل يطلب المروذي ولم يرد المروذي ان يكلمه فوضع مهنا أصبعه في كفه ، وقال ليس المروذي ههنا وما يصنع المروذي ههنا يريد ليس المروذي في كفه فلم ينكره أبو عبد الله .

ولما ان ما انظ به قبل الاضراب بعض ما لفظ به بعده فلم يلزمه أكثر مما بعده كقوله علي درهم بل درهمان . وقولهم لا يجوز إيقاع ما أوقعه فلنا يجوز أن يخبر بوقوعه مع وقوع غيره فلا يقع الزائد بالشك . قال أحمد فإن قال أنت طالق لا بل أنت طالق هي واحدة وهذا اختيار أبي بكر واختار القاضي أنه يقع طلقتان لأنه أراد رفع الأولى وإيقاع الثانية فلم ترتفع الأولى ووقعت الثانية ووجه الأول أنه لو قال له علي درهم بل درهم لزمه درهم واحد كذا ههنا ، فعلى هذا القول ان نوى بقوله بل أنت طالق طلقة أخرى وقم اثنتان لأنه قصد إيقاع طلقتين باللفظين فوقم كما لو قال أنت طالق أنت طالق . وذكر القاضي احتمالاً آخر أنه لا يقع إلا طلقة لأن اللفظ موضوع لواحدة فلا يصح أن ينوي به اثنتين . قال أحمد ولو كان له امرأتان فقال لاحداهما أنت طالق ثم قال الاخرى لا بل أنت طالق طقتنا جميعاً ، ووجهه أنه أوقع طلاق الأولى ثم أضرب عنه وأوقع طلاق الاخرى فوقم بها ولم يرتفع عن الأولى ، وفارق ما إذا قال ذلك لواحدة لان الطلقة يجوز أن تكون هي الثانية كمر

وروي أن مهنا قال اني أريد الخروج يعني السفر إلى بلده وأحب ان تسمعي الجزء الفلاني فاسمعه اياه ثم رآه بعد ذلك فقال ألم تقل انك تريد الخروج فقال له مهنا قلت لك اني أريد الخروج الآن؟ فلم ينكر عليه ، وهو مذهب الشافعي ولا نعلم في هذا خلافاً أيضاً ، وروى سعيد عن جرير عن المغيرة قال كان اذا طلب انسان ابراهيم ولم يرد ابراهيم أن يلقاه خرجت اليه الخادم فقالت اطلبوه في المسجد ، وقد كان النبي ﷺ يمزح ولا يقول الا حقاً ومزاحه أن يوم السامع بكلامه غير ما عناه فقال لهجوز « لا يدخل الجنة عجوز » يعني أن الله ينشئهن عرباً أنرباء ، وقال أنس ان رجلاً جاء الى النبي ﷺ فقال يارسول الله احملي فقال رسول الله ﷺ « انا حاملوك علي ولد ناقة » فقال وما أصنع بولد الناقة؟ قال « وهل تلد الابل الا النوق » رواه أبو داود وقال لامرأة وقد ذكرت له زوجها هو الذي في عينه بياض » فقالت يارسول الله انه لصحيح العين وأراد النبي ﷺ البياض الذي حول الحدقة وقال لرجل احتضنه من ورائه « من يشتري العبد؟ » فقال يارسول الله تجدني اذا كاسدا قال « لكنك عند الله لست بكاسد » وهذا كله من التأويل والمعاريض ، وقد سماه النبي ﷺ حقاً فقال « لا أقول الا حقاً » وروي عن شريح أنه خرج من عند ابن زياد وقد حضره الموت فقيل له كيف تركت الامير؟ فقال تركته يأمر وينهى فلما مات قيل له كيف قلت ذلك؟ فقال تركته يأمر بالصبر وينهى عن البكاء والجزع ، ويروى عن شقيق أن رجلاً خطب امرأة وتحتته أخرى فقالوا لا تزوجك حتى تطلق امرأتك فقال اشهدوا اني قد طلقت ثلاثاً فزوجوه فقام على امرأته فقالوا قد طلقت ثلاثاً قال ألم تعلموا أنه كان لي ثلاث نسوة فطلقتهن؟ قالوا بلى قال قد طلقت قالوا ما هذا أردنا فذكر ذلك شقيق لعثمان فجلها نيته ، ويروى عن الشعبي أنه كان في مجلس فنظر اليه رجل ظن أنه طاب منه التعريف به والثناء عليه فقال الشعبي ان له بيتاً وشرفاً فقيل للشعبي بعد ما ذهب الرجل امرؤه؟ فقال لا والله نظرت

الاضراب بها ، ولا يجوز في المرائين أن يكون طلاق إحداها هو طلاق الاخرى ونظيره في الاقرار مالو قال له علي درهم بل درهم لزمه درهم ولو قال له علي درهم بل دينار لزمه دينارا جميعا
ولو قال أنت طالق واحدة بل هذه ثلاثا طلقت الاولى واحدة والثانية ثلاثا ولو قال لامرأة غير مدخول بها أنت طالق واحدة بل ثلاثا طلقت واحدة لانها بانث الاولى فلم يقع بها ما بعدها ، وان قال أنت طالق واحدة بل ثلاثا ان دخلت الدار ونوى تعليق الجميع بدخول الدار تعاق وان نوى تعليق الثلاث حسب وقعت الواحدة في الحال وان أطلق ففيه وجهان (أحدهما) يتعاق الجميع بالشرط لانه بعدها فيعود اليها (والثاني) تقع الواحدة في الحال وتبقى الثلاث معلقة بدخول الدار لانه انما ذكر الشرط عقيبها فتخص به

وان قل أنت طالق ان دخلت الدار بل هذه فدخلت الاولى طلقتا وان دخلت الثانية لم تطلق واحدة منهما ، فان قال أردت أن الثانية تطلق ان دخلت الدار قبل منه لانه محتمل لما قاله ، وان قال أردت انك تطلقين اذا دخلت الثانية الدار قبل منه لانه محتمل لما قاله وكل طلاق الاولى وحدها معاقا على دخول كل واحدة منهما

إلى قيل فكيف اثبتت عليه؟ قال شرفه اذناه ويثمه الذي يسكنه ، وروى أن رجلا أخذ على شراب فقيل له من أنت فقال :

أنا ابن الذي لا ينزل الدهر قدره وإن نزلت يوما فسوف تعود

تري الناس أنفواجا على باب داره فمنهم قيام حولها وقعود

فظنوه شريفا فخلوا سبيله ثم سألوا عنه فاذا هو ابن الباقلائي ، وأخذ الخوارج رافضيا فقالوا تبرأ من عثمان وعلي فقال أنا من علي وعثمان بريء فهذا وشبهه هو التأويل الذي لا يعذر به الظالم ويسوغ لغيره مظلوماً كان أو غير مظلوم لان النبي ﷺ كان يقول ذلك في المزاح من غير حاجة اليه
(مسئلة) (فاذا أكل تمرأ فقال لتخبرني بعدد ما أكلت أو لتميزن نوى ما أكلت ولم تعلم فأنها تعد له عددا يعلم أنه قد أتى على عدد ذلك)

مثل أن يعلم ان عدد ذلك ما بين مائة إلى ألف فتعد ذلك كله وكذلك ان قال ان لم تخبريني بعدد حب هذه الرمانة ولا يحنت اذا كانت نيته ذلك ، وان نوى الاخبار بكهيته من غير نقص ولا زيادة لم يبرأ الا بذلك وان أطلق فقياس المذهب أنه لا يبرأ الا بذلك أيضاً لان ظاهر حال الخائف ارادته فتصرف يمينه اليه كالاسماء العرفية التي تنصرف اليمين عاينها الى مسماها عرفا دون مسماها حقيقة ولو أكل تمرأ خلف لتميزن نوى ما أكلت فأفردت كل نواة وحدها فالحكم فيها كالتي قبلها

(مسئلة) (وان حلف ليقعدن على بارية في بيته ولا يدخله بارية فانه يدخل قصبا فينسجه فيه فيجلس عليها في البيت فلا يحنت)

(فصل) اذا قال أنت طالق طاقه لا تقع عليك أو طالق لا أو طالق طاقه لا ينقص بها عدد طلاقك أو طاق لا شيء. أو ليس بشيء طنقت واحدة لأن ذلك رفع لجميع ما وقع فلم يصح كاستثناء الجميع وإن قال ذلك خبراً فهو كذب لأن الواحدة اذا أوقعها وقعت وهذا مذهب الشافعي ولا نعلم فيه مخالفاً، وإن قال أنت طالق أولاً لم يقع لأن هذا استفهام فاذا اتصل به خرج من أن يكون لفظاً لا يقع، ويخالف ما قبل ذلك فإنه إيقاع ويحتمل أن يقع لأن لفظه لفظ الإيقاع لا لفظ الاستفهام لكون

لأنه قد قدم على بارية في بيته ولم يدخله بارية إنما أدخله قصبا وليس هو بارية
(مسألة) (وإن حلف ليطبخن قدرأ برطل ملح وياً كل منه فلا يجد طعم الملح فإنه يسأل به بيهما وياً كل منه ولا يحنث) لأن الصفة وجدت

(مسألة) (وإن حلف لا يأكل بيضا ولا تناحا وليأكل مما في هذا الوعاء فوجد فيه بيضا وتناحا فإنه يعمل من البيض ناطفاً ومن التفاح شراباً ويأكل كل منه ولا يحنث) لأن ذلك ليس ببيض ولا تفاح
(مسألة) (وإن كان على سلم تخاف أن تنزل عليك ولا صعدت إلى هذه ولا أقمت مكاناً ساعة) يريد إذا كان له امرأتان إحداهما في الغرفة والأخرى أسفل (فلتنزل العليا وتتصعد السفلى ثم ينزل إن شاء أو يصعد فتتحل بيمينه) لأن الصفة لم توجد

(مسألة) (وإن حلف لا أقمت عليه ولا نزلت منه ولا صعدت فيه فإنه ينقل إلى سلم آخر وتتحل بيمينه) لأنه لم يقع عليه ولا صعد فيه ولا نزل منه إنما نزل أو صعد من غيره

(مسألة) (وإن حلف لا أقمت في هذا الماء ولا خرجت منه وكلن الماء جارياً لم يحنث) لأن الماء الخلو ف عليه جرى وصار في غيره فلم يحنث سواء أقام أو خرج لأنه إنما يقف في غيره أو يخرج منه ، وهذا الذي ذكره القاضي في المجرد وهو مذهب الشافعي لأن الإيمان عندهم تبني على اللفظ لا على القصد وكذلك قالوا لا يحنث في هذه الأيمان السابقة كلها ، وقال القاضي في كتاب آخر : قياس المذهب أنه يحنث إلا أن ينوي عين الماء الذي هي فيه لأن إطلاق بيمينه يقتضي خروجها من النهر أو إقامة يمينه

(مسألة) (فإن كان الماء وانفا حمل منه مكرهاً) لا لا ينسب إليه فعل

(مسألة) (وإن استحللته ظالم ما لئلا عندك وديعة وكانت عنده وديعة فإنه يعني بما الذي

ويبر في يمينه) لأنه صادق

(مسألة) (وإن حلف ما لئلا مني وعني موضعاً معيناً بر في يمينه)

أصـدقه في ذلك . وقد ذكرنا ما رواه مهنا أنه كان هو والمروزي عند أحد فجاء رجل يطالب المروزي ولم يرد المروزي أن يكلمه فوضع مهنا أصبعه في كفه وقال ليس المروزي مهناً ، يريد ليس هو في كفه فلم يذكره أبو عبد الله

(مسألة) (ولو سرقته منه امرأته شيئاً غلب بالطلاق لتصدقني أسرقتني شيئاً أم لا وخانت

الاستنهام يكون بالهمزة أو نحوها فيقع مأوقعه ولا يرتفع بما ذكره بعده كألني قبلها، وإن قال أنت طالق واحدة أولا فكذلك، وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف وهو قياس قول الشافعي، وقال محمد يقع واحدة لأن قوله أولا يرجع إلى ما يليه من اللفظ وهو واحدة دون لفظ الإيقاع وليس بصحيح لأن الواحدة صفة للطاقة الواقعة فما اتصل بها يرجع إليها فصار كقوله أنت طالق أو لا شيء.

أن تصدقه فأنها تقول سرقت منك ماسرقت منك، ولو استحلته ظالم هل رأيت فلانا أو لا وكان قد رآه فأنه يعني بما رأته ما ضربت رثته

(مسئلة) (ولو حلف على امرأته لا سرقت مني شيئا فحنته في وديعته لم يحنث)

لأن الحيانة ليست بسرقة إلا أن ينوي ذلك فيحنث

(فصل) وأما قال إن كانت امرأتني في السوق فعبدني حر وإن كان عبدي في السوق فامرأتني طالق وكانا جميعا في السوق فقبل يعق العبد ولا نطق المرأة لأنه لما حنث في اليمين الأولى عتق العبد فلم يبق له في السوق عبد، ويحتمل أن يحنث بناء على قولنا فيمن حلف على معين تعاقب اليمين بعينه دون صفته كما لو قال إن كلمت عبدي سعدا فأنت طالق ثم أعقبه وكلمته طلق فكذلك ههنا لأن يمينه تعلقت بعبد معين وإن لم يرد عبدا بعينه لم تنطق المرأة لأنه لم يبق له عبد في السوق، ولو كان في فيها تمرة فقال أنت طالق إن أكلتها أو ألقيتها أو أمسكتها فأكلت بعضها وألفت بعضها لم يحنث إلا على قول من قال إنه يحنث بفعل بعض الحلوف عليه وإن نوى الجميع لم يحنث بحال

(فصل) قال عبد الله بن أحمد سألت أبي عن رجل قال لامرأته أنت طالق إن لم أجامعك اليوم وأنت طالق إن اغتسلت منك اليوم قال يصلي العصر ثم يجامعها فإذا غابت الشمس اغتسل إن لم يكن أراد بقوله اغتسلت منك المجامعة، وقال في رجل قال لامرأته أنت طالق إن لم أطأك في رمضان فسافر مسيرة أربعة أيام أو ثلاثة ثم وطئها فقال لا يعجبني لأنها حيلة ولا تعجبني الحيلة في هذا ولا في غيره قال القاضي إنما كره أحمد هذا لأن السفر الذي يباح الفطر السفر المباح المقصود وهذا لا يقصد به غير حل اليمين، والصحيح أن هذا تنحل به اليمين ويباح به الفطر لأنه سفر بعيد، مباح لفصد صحيح فإن ارادة حل يمينه من المقاصد الصحيحة، وقد أبحنا لمن له طريقان قصيرة لا يقصر فيها وبعيدة أن يسلك البعيدة لا يقصر فيها الصلاة وينظر مع أنه لا يقصد له سوى الترخص فهنا أولى

(باب الشك في الطلاق)

(إذا شك هل طلق أولا لم تنطق)

وجملة ذلك أن من شك في طلاقه لم يلزمه حكمه نص عليه أحمد وهو مذهب الشافعي وأصحاب الرأي لأن النكاح ثابت بيقين فلا يزول بالشك، والاصل في هذا حديث عبد الله بن زيد عن النبي

(فصل) فان قال أنت طالق بعد موتي أو موتك أو مع موتي أو موتك لم تطلق نص عليه أحمد وبه قال الشافعي ولا نعلم فيه مخالفا لانهما تبين بموت أحدهما فلا يصادف الطلاق نكاحا بزيله، وإن تزوج أمة أبيه ثم قال إذا مات أبي فأنت طالق فمات أبوه لم يقع الطلاق اختاره القاضي لانه بالموت يملكها فينفسخ نكاحها بالملك وهو زمن الطلاق فلم يقع كما لو قال أنت طالق مع موتي واختار أبو الخطاب

صلى الله عليه وسلم أنه سئل عن الرجل يخجل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة فقال «لا ينصرف حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا» متفق عليه تأمره بالبناء على اليقين وإطراح الشك ولانه شك طرأ على يقين فوجب إطرأه كما لو شك المتطهر في الحدث. قال شيخنا والورع التزام الطلاق فإن كان المشكوك فيه طلاقا رجعيا راجع امرأته إن كانت مدخولا بها أو جدد نكاحها إن كانت غير مدخول بها، وقد انقضت عدتها وإن شك في طلاق ثلاث طلقها واحدة وتركها لانه إذا لم يطلها فيقين نكاحه باق فلا تحل أخيره وحكي عن شريك أنه إذا شك في طلاق طلقها واحدة ثم راجعها لتكون الرجعة عن طلاق فتكون صحيحة في الحكم وليس بمعي لان البناء بالرجعة ممكن مع الشك في الطلاق ولا يفترق إلى ما يقتصر إليه العبادات من النية ولانه لو شك في طلقين فطلق واحدة لصار شاكا في تحررها عليه فلا تفيد الرجعة

﴿مسئلة﴾ (وإن شك في عدد الطلاق بنى على اليقين لما ذكرنا وقال الخري إذا طلق فلم يدر واحدة طلق أم ثلاثا اعتزها وعليه نفقتها مادامت في العدة فإن راجعها في العدة لزمته النفقة ولم يطلها حتى يتيقن كم الطلاق؟ لانه متيقن للتحريم شك في التحليل)

وجملة ذلك أن من طلق وشك في عدد الطلقات بنى على اليقين نص عليه أحمد في رواية ابن منصور في رجل لفظ بطلاق امرأته لا يدري واحدة أم ثلاثا فقال أما الواحدة فقد وجبت عليه وهي عنده حتى يستيقن

وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي لان ما زاد على القدر الذي تيقنه طلاق مشكوك فيه فلم يلزمه كما لو شك في أصل الطلاق إذا ثبت هذا فانه تبقى أحكامه أحكام المطلق دون الثلاث من إباحة الرجعة وإذا رجع عادت إلى ما كانت عليه قبل الطلاق وقال الخري يحرم وطؤها ونحوه قول مالك الا انه حكى عنه انه يلزمه الاكثر من الطلاق المشكوك فيه وقولها متيقن للتحريم لانه تيقن وجوده بالطلاق وشك في رفعه بالرجعة فلا يرتفع بالشك كما لو أصاب ثوبه نجاسة وشك في موضعها فانه لا يزول حكم النجاسة بفصل موضع من الثوب ولا يزول حتى يفصله جميعه وفارق لزوم النفقة فانها لا تزول بالطلاق الواحدة فهي باقية لانها كانت باقية وقد شككنا في زوالها

وظاهر قول سائر اصحابنا انه إذا راجعها حلت له وهو قول أبي حنيفة والشافعي وهو ظاهر كلام أحمد في رواية ابن منصور لان التحريم المتعلق بما تيقنه يزول بالرجعة يقينا فان التحريم انواع (تحريم) (المغني والشرح الكبير) (٥٨) (الجزء الثامن)

أنه يقع لأن الموت سبب ملكها وطلاقها وفسخ النكاح يترتب على الملك فيوجد الطلاق في زمن الملك السابق على الفسخ فيثبت حكمه ، وإن قال إن اشتريتك فأنت طالق ثم اشتراها خرج على الوجهين ، وإن قال الأب إذا مات فأنت حرة وقال الابن إذا مات أبي فأنت طالق وكانت تخرج من الثالث ثم مات الأب وقم العقب والطلاق معاً وإن لم تخرج من الثالث فإن بعضها ينقل إلى الورثة فيملك

تزيله الرجعة (وتحريم) يزيله نكاح جديد (وتحريم) يزيله نكاح بعد زوج وإصابة ومن يثقن الأدنى لا يثبت فيه حكم الأعلى كمن يثقن الحدث الأصغر لا يثبت فيه حكم الأكبر ويحول تحريم الصلاة بالطهارة الصغرى ويخالف الثوب فإن غسل بعضه لا يرفع ما يثقن من النجاسة فنظير مسملنا إذا يثقن نجاسة كالثوب وشك في نجاسة سائرته فإن حكم النجاسة فيه يزول بغسل الكم وحده كذا هنا ويمكن منع حصول التحريم هنا ومنع يثقن فإن الرجعية مباحة لزوجها في ظاهر المذهب فما هو إذا متيقن للتحريم بل هو متيقن للاباحة شاك في التحريم وكذلك قال الحرق فيمين حلف لا يأكل ثمرة فوقعت في تمر فأكل منه واحدة منع من وطء امرأته حتى يعلم أنها ليست التي وقعت اليمين عليها ولا يتحقق حنثه حتى يأكل التمر كله وهذه المسئلة لا تخلو من أحوال ثلاث

(أحدها) أن يتحقق أكل التمرة المحلوف عليها إما أن يعرفها بعينها أو صفتها أو يأكل التمر كله أو الجانب الذي وقعت فيه كله فيحتمل بلا خلاف بين أهل العلم لأنه أكل التمرة المحلوف عليها (الثاني) أن يتحقق أنه لم يأكلها ما بان لا يأكل من التمر شيئاً أو يأكل شيئاً يعلم أنه غيرها فلا يحتمل أيضاً بلا خلاف ولا يلزمه اجتناب زوجته

(الثالث) أكل من التمر شيئاً واحدة أو أكثر إلى أن لا يبقى منه إلا واحدة ولم يدر أكلها أولاً فهذه مسئلة الحرق ولا يتحقق حنثه لأن الباقية محتمل أنها المحلوف عليها ويقين النكاح ثابت فلا يزول بالشك وهذا قول الشافعي وأصحاب الرأي فمل هذا يكون حكم الزوجية باقياً في لزوم نفقتها وكسوتها ومسكنها وسائر أحكامها إلا في الوطء فإن الحرق قال يمنع من وطئها لأنه شاك في حياها فحرمت عليه كما لو اشتبهت عليه امرأته بأجنبية وذكر أبو الخطاب أنها باقية على الحل وهو مذهب الشافعي لأن الأصل الحل فلا يزول بالشك كسائر أحكام النكاح ولأن النكاح باق حكمه فثبت الحل كالمو شك هل طلق أولاً؟ وإن كانت يمينه ليأكل هذه التمرة فلا يتحقق بره حتى يعلم أنه أكلها

﴿مسئلة﴾ (وإن قال لامرأته أحداً طالق ينوي واحدة بعينها طلقت وحدها فإن لم

ينوا خرجت المطلقة بالقرعة)

أما إذا نوى واحدة بعينها فلها تطلق وحدها لأنه عينها بنية فاشبه المو عينها بلنظفه فإن قال إنما أردت فلانة قبل منه لأن ما قاله محتمل ولا يعرف إلا من جهته وأما إن لم ينو واحدة بعينها فلها تخرج بالقرعة نص عليه في رواية جماعة وبه قال الحسن وأبو ثور وقال قتادة ومالك يطلقن جميعاً وقال

الابن جزءاً منها ينفسخ به الزكاح فيكون كملك جميعها في فسخ النكاح ومنع وقوع الطلاق فان أجاز الورثة عتقها فذكر بعض أهل العلم أن هذا ينبغي على الإجازة هل هي تنفيذ أو عطية مبتدأة؟ فان قلنا هي عطية مبتدأة فقد انفسخ النكاح قبلها فلم يقع الطلاق وان قلنا هي تنفيذ لما فعل السيد وقع الطلاق وهكذا ان أجاز الزوج وحده عتق أبيه فان كان على الأب دين يستغرق تركته لم يعتق والصحيح

حامد بن أبي سليمان والثوري وأبو حنيفة والشافعي له ان يختار أيتن شاء فيوقع عليها الطلاق لانه لا يمكن إبقاءه ابتداءً وتعيينه فاذا أوقعه ولم يعينه ملك تعينه لانه استيفاء مامله

ولنا أن ما ذكرناه مروي عن علي وابن عباس رضي الله عنهم ولا يخالفهما من الصحابة ولانه إزالة ملك بني علي التغليب والسراية فتدخله القرعة كالعتق وقد ثبت الاصل بكون النبي ﷺ أفرع بين العبيد الستة ولان الحق لواحد غير معين فوجب تعيينه بالقرعة كالخربة في العبيد إذا أعتقهم في مرضه ولم يخرج جميعهم من الثلث وكالسفر باحدى نسائه وبالدباية بأحدها في القسم وكالمر بكن إذا اقتسما ولانه طلق واحدة من نسائه لا يعلم عينها فلم يملك تعيينها باختياره كالنسية وأما الدليل على أنهم لا يطلقن جميعاً انه أضاف الطلاق إلى واحدة فلم يطلق الجميع كما لو عينها، قولهم إنه كان يملك الايقاع والتعيين قلنا ملكه للتعيين بالايقاع لا يلزم ان يملكه بعده كما لو طلق واحدة بعينها وأنسيها فان مات قبل القرعة والتعيين أفرع الورثة بينهم فمن وقعت عليها قرعة الطلاق فحكمها في الميراث حكم ما لو عينها بالتطابق منهم وقال الشافعي يوقف الميراث المختص بهم حتى يصطاحن عليه لانه لا يعلم المستحق منهم ووجه قول الحارثي قول علي رضي الله عنه ولأنهم قد تساوى ولا سبيل الى التعيين فوجب المصير الى القرعة كمن اعتق عبيداً في مرضه لا مال له سواهم وقد ثبت الحكم فيهم بالنص لان في توريث الجميع توريث من لا يستحق يقينا والوقف لا إلى غاية حرمان للمستحق يقينا والقرعة تسلم من هذين المحذورين ولها نظير في الشرع

﴿سئلة﴾ (فان قل انسائه احداً كن طالق غداً طلقت واحدة منهم إذا جاء الفد وأخرجت بالقرعة)

فان مات قبل الفد ورثته كلهم وإن مات لإحدها ورثها لأنها ماتت قبل وقوع الطلاق فاذا جاء غداً أفرع بين الميتة والاحياء فان وقعت القرعة على الميتة لم يطلق شيء من الاحياء وصارت كالعينة بقوله أنت طالق غداً وقال الفاضل قياس المذهب أن يتعين الطلاق في الاحياء فلو كانتا اثنتين فماتت احدهما طلقت كما لو قال لامرأته واجنبية إحداً كما طالق وهو قول أبي حنيفة والفرق بينهما ظاهر فان الاجنبية ليست محلاً للطلاق وقت قوله فلا ينصرف قوله اليها وهذه قد كانت محلاً للطلاق فارادتها بالطلاق ممكنة وارادتها بالطلاق كإرادة الاخرى وحدوث الموت بها لا يقتضي في حق الاخرى طلاقاً فبقى على ما كانت عليه والقول في تعليق العتق كالقول

أن ذلك لا يمنع نقل التركة الى الورثة فهو كما لو لم يكن عليه دين في فسخ النكاح ، وإن كان الدين لا يستغرق التركة وكانت تخرج من اثلاث بعد أداء الدين عتقت وطلقت ، وإن لم يخرج من اثلاث لم تعتق كلها فيكون حكمها في فسخ النكاح ومنع الطلاق كما لو استغرق الدين التركة ، وإن أسقط الغريم الدين بعد الموت لم يقع الطلاق لأن النكاح انفسخ قبل اسقاطه

في تعليق الطلاق فإذا جاء غد وقد باع بعض العبيد أقرع بينه وبين العبد الآخر فإن وقعت على المبيع لم يعتق منه شيء وعلى قول القاضي ينبغي أن يتعين العتق في الباقيين وكذلك ينبغي أن يكون مذهب أبي حنيفة والشافعي لأن له تعيين العتق عندهم بقوله فيبيع أحدهم صرف للعتق عنه فيعين في الباقيين فإن باع نصف العبد أقرع بينه وبين الباقيين فإن وقعت قرعة العتق عليه عتق نصفه وسري إلى باقيه إن كان المعتق موسراً وإن كان معسراً لم يعتق إلا نصفه

(فصل) وإذا قال امرأتي طالق وأمتي حرة وله نساء واماء ونوى معينة انصرف بها وإن نوى واحدة مبهمه فهي مبهمه فيهن وإن لم ينو شيئاً فقال أبو الخطاب يطلق نساءه كلهن ويعتق اماءه لأن الواحد المضاف يراد به الكل كقوله تعالى (وإن تعدوا نعمة الله لا تحصوها) - وأحل لكم ليلة الصيام) ولأن ذلك يروى عن ابن عباس وقال الجماعة يقع على واحدة مبهمه وحكمه حكم ما لو قال احداً كن طالق وإحداً كن حرة لأن لفظ الواحد لا يستعمل في الجمع إلا مجازاً والكلام يحمل على حقيقة ما لم يصرفه عنها دليل ولو تساوى الاحتمالان لوجب قصره على الواحدة لأنها اليقين فلا يثبت الحكم فيما زاد عليها بأمر مشكوك فيه وهذا أصح والله أعلم

﴿مسئلة﴾ (وإن طلق واحدة وأنسبها فكذلك عند أصحابنا)

أكثر أصحابنا على أنه إذا طلق امرأة من نسائه وأنسبها أنها تخرج بالقرعة فيثبت حكم الطلاق فيها وتحل له الباقيات وقد روى إسماعيل بن سعيد عن أحمد ما يدل على أن القرعة لا تستعمل ههنا لمعرفة الحل وإنما تستعمل لمعرفة الميراث فإنه قال سألت أحمد عن الرجل يطلق المرأة من نسائه ولا يعلم أيتهن طلق قال أكره أن أقول في الطلاق بالقرعة قلت أرأيت إن مات هذا؟ قال أقول بالقرعة وذلك لأن القرعة تصير على المال وجماعة من روي عنه القرعة في المطلقة المنسية إنما هو في التوريث فأما في الحل فلا ينبغي أن يثبت بالقرعة وهذا قول أكثر أهل العلم فالكلام إذا في المسئلة في شيئين (أحدهما) في استعمال القرعة في المنسية في التوريث (والثاني) في استعمالها فيها للحل أما الأول فوجهه ما روى عبد الله بن حميد قال سألت أبا جعفر عن رجل قدم من خراسان وله أربع نسوة قدم البصرة فطلق إحداهن ونكح ثم مات لا يدري الشهود أيتهن طلق؟ فقال قال علي رضي الله عنه أقرع بين الأربع وأبذر منهن واحدة واقسم بينهن الميراث ولأن الحقوق إذا تساوت على وجه لا يمكن التمييز إلا بالقرعة صح استعمالها لانهما اشتبهت عليه زوجته بأجنبية فلم تحل له إحداهما بالقرعة كما لو اشتبهت بأجنبية لم يكن له عليها عقد ولأن القرعة لا تنزل التحريم عن المطلقة ولا ترفع الطلاق عن وقع عليه ولا احتمال كون المطلقة غير من وقعت عليها القرعة ولهذا

(فصل) في مسائل تنبني على نية الحالف وتأويله إذا قال ان لم تخبرني بعدد حب هذه المرأة فأنت طالق أو أكل تمرأ فقال ان لم تخبرني بعدد ما أكلت فأنت طالق ولم تعلم ذلك فأنها تعدله عدداً يعلم أنه قد أتى على عدد ذلك مثل أن يعلم عدد ذلك ما بين مائة الى ألف فتعد ذلك كله ولا بحث إذا كانت نيته ذلك ، وان نوى الاخبار بكيفيته من غير تعدد ولا زيادة لم يبرأ الا بذلك ، وان أطلق بقياس

ذكر ان المطلقة غيرها حرمت عليه ولو ارتفع التحريم أو زال الطلاق لما عاد بالذكر فيجب بقاء التحريم بعد القرعة كما كان قبلها وقال الحارقي فيمن طلق امرأته فلم يدروا عدة طلق أم ثلاثاً؟ ومن حلف بالطلاق لا يأنكلاً تمر فوقت في تمر فأكل منه واحدة لا تحل له امرأته حتى يعلم أنها ليست التي وقعت اليمين عليها فخرمها مع ان الاصل بقاء النكاح ولم يبارضه يقين التحريم فنهنا أولى وكذلك الحكم فيمن أوقع الطلاق على امرأة بعينها ثم اشتبهت بغيرها مثل أن يرى امرأة مولى فيقول أنت طالق ولا يعلم عينها من نسائه فان جميع نسائه يحرم عليه حتى يعلم المطلقة ويؤخذ بنفقة الجميع لانهم محبوسات عليه وان أقرع يمين لم تعد القرعة شيئاً ولا يحل لمن وثعت عليها القرعة العزوب لانها يجوز أن تكون غير المطلقة ، وقال أصحابنا إذا أقرع يمين فخرجت القرعة على إحداهن ثبت حكم الطلاق فيها فحل لها النكاح بعد قضاء عدتها وأبيح الزوج من سواها كما لو طاق واحدة غير معينة واحتجوا بما ذكرنا من حديث علي رضي الله عنه ولأنها مطلقة لم تعلم بعينها فأشبه ما لو قال احداكن طالق ولم يرد واحدة بعينها ولأنه إزالة أحد المالكين المبنين على التغليب والسراية أشبه العتق ، قال شيخنا والصحيح أن القرعة لا تدخل لها ههنا لما ذكرنا من الأدلة وتحرم ان عليه كما لو اشتبهت امرأته بأجنبية ، وفارق ما قاسوا عليه فان الحاق لم يثبت لواحد بعينه فجعل الشرع القرعة معينة فانها تصلح لليمين ، وفي مسئلتنا الطلاق واقع على معينة لا محالة والقرعة لا ترنم عنها ولا توقعه على غيرها ولا يؤمن وقوع القرعة على غيرها واحتمال وقوع القرعة على غيرها كاحتمال وقوعها عليها بل هو أظهر من غيرها فانهم إذا كن أربعا فاحتمال وقوعه في واحدة منهم بعينها اندر من احتمال وقوعه في واحدة من ثلاث وكذلك لو اشتبهت أخته بأجنبية أو مائة بمذكاة أو زوجته بأجنبية أو حلف بالطلاق لا يأكل تمر فوقت في تمر واشبه ذلك مما يطول ذكره لا تدخله قرعة فكذلك ههنا وأما حديث علي فهو في الميراث لا في الحل وما نعلم بالقول بها في الحل من الصحابة قائلان .

(مسئلة) (فلي قول أصحابنا إن تبين أن المطلقة غير التي وقعت عليها القرعة بان يذكر ذلك تبين أنها كانت محرمة عليه ويكون وقوع الطلاق من حين طلق لامن حين ذكر ، وقوله في هذا مقبول لانه يقر على نفسه وترد اليه التي خرجت عليها القرعة لاننا ظهر لنا أنها غير مطلقة والقرعة ليست بطلاق صريح ولا كناية فان لم تكن تزوجت ردت اليه وقبل قوله في هذا لانه أمر من جهته لا يعرف الا من قبله

المذهب انه لا يبرأ الا بذلك أيضاً لان ظاهر حال الخالف ارادة فتصرف بميمنه اليه كلاماً العرفية التي تنصرف اليمين الى سماها عرفاً دون مسماها حقيقة ولو أكل تمرأ فقال ان لم تمبزي نوى ما أكلت من نوى ما أكلت فأنت طالق فأفردت كل نواة وحدها فالقول فيها كالتى قبلها، وان وقتت في ما جار خلف عليها ان خرجت منه أو قتت فيه فأنت طالق فقال القاضي قياس المذهب أنه يحتمل الا أن ينوي عين الماء الذي هي فيه لان اطلاق ميمنه يقتضي خروجها من النهر أو اقامتها فيه

(مسئلة) (إلا أن تكون قد تزوجت أو يكون بحكم حاكم لأنها إذا تزوجت فقد تعلق بها حق الزوج الثاني فلا يقبل قوله في فسخ نكاحه والقرعة من جهة الحاكم بالفرقة لا يمكن الزوج رهنها فتقع الفرقة بالزوجين)

قال أحمد في رواية الميهوني إذا كان له أربع نسوة فطلق واحدة منهن ولم يدري أين طلق؟ يقرع؛ بين فن وقت القرعة على واحدة ثم ذكر فقال هذه ترجع اليه والتي ذكر أنها التي طلق يقع الطلاق عليها فان تزوجت فهذا شيء. قد مر فان كان الحاكم أقرع بينهما فلا أحب أن ترجع اليه لان الحاكم في ذلك أكثر منه، وقال أبو بكر وابن حامد تطلق المراتان ولا يرجع اليه واحدة منهما لان الثانية حرمت بقوله وترثه ان مات ولا يرثها ويجزي على قياس قولهما ان نلزمه نكحها ولا يحل وطؤها والاولى بالقرعة

(فصل) إذا قال هذه المطلقة قبل منه ما ذكرنا وان قال هذه المطلقة بل هذه طالق لانه أقر بطلاق الأولى قبل اقراره بطلاق الثانية، ولم يتبل اضربه عن اقراره بطلاق الأولى وكذلك لو كن اثلاثا فقال هذه بل هذه بل هذه طلقن كهن، وان قل هذه أو هذه بل هذه طلقت الثانية وإحدى الأولتين وان قال طلقت هذه بل هذه أو هذه طلقت الأولى وإحدى الآخريين، وان قال أنت طالق أو هذه أو هذه، فقال القاضي هي كذلك وذكر أنه قول الديلميين وقول محمد بن الحسن تطلق الثانية ويبقى الشك في الأولى والثالثة، ووجه الأول أنه عطف الأولى على الثانية بغير شك ثم فصل بين الثانية والثالثة بحرف الشك فيكون الشك فيهما ولو قل طلقت هذه أو هذه طلقت الثالثة وكان الشك في الأولتين ويحتمل في هاتين المسألتين أن يكون الشك في الجميع لانه في الأولى أتى بحرف الشك بعدها فيعود إليها وفي المسئلة الثانية عطف الثالثة على الشك فلي هذا إذا قال طلقت هذه أو هذه وهذه طواب بالبيان فان قال هي الثالثة طلقت وحدها وان قال لم أطلقها طلقت الأولتان وان لم يبين أقرع بين الأولتين والثالثة، قال القاضي في المجرد وهذا أصح، وان قل ليست الأولى طلقت الآخريتان كما لو قال طلقت هذه أو هاتين وليس له الوطء قل الذين فان فعل لم يكن تعيينا وان ماتت إحداها لم يمين الطلاق في الأخرى وقال أبو حنيفة يمين الطلاق في الأخرى لأنها ماتت قبل ثبوت طلاقها ولنا أن موت إحداها أو وطأها لا يني احتمال كونها مطلقة فلم يكن تعيينا لغيرها كرضها وان قال طلقت هذه وهذه وهذه والظاهر أنه طلق اثنتين لا يدري أيهما الأولتان أم الآخريتان؟ كما لو

وقال أبو الخطاب لا يحنث لان الماء المحلوف عليه جرى عنها وصارت في غيره فلم يحنث سواء أقامت أو خرجت لانها إنما تقف في غيره أو تخرج منه وكذلك قال القاضي في المجرد وهو مذهب الشافعي لان الايمان عندهم تنبئ على اللفظ لا على القصد وكذلك قالوا لا يحنث في هذه الايمان السابقة كلها ، ولو قال ان كانت امرأتي في السوق فعبدني حر ، وان كان عبدني في السوق فامرأتي

قال طلفت هاتين أو هاتين فان قال هما الاوليان تعين الطلاق فيهما وان لم يطلق الاوليتين تعين الآخرتان وان قال إنما أشك في طلاق الثانية والاخرين طلفت الأولى وبقي الشك في الثلاث ومتى فسر كلامه بشيء يحتمل قبل منه .

(فصل) فان مات بعضهن أو جميعهن أقرعنا بين الجميع فمن خرجت القرعة لها لم نورثها وان مات بعضهن قبله وبعض بعده فخرجت القرعة لميته قبله حرمانه ميراثها وان خرجت لميته بعده حرمانها ميراثه والباقيات يرثنه ويرثه ، فان قال الزوج بعد موتها هذه التي طلقها أو قال في غير المعينة هذه التي أردتها حرم ميراثها لانه يقر على نفسه ويرث الباقيات سواء صدق ورثته أو كذبه لان علم ذلك إنما يعرف من جهته لان الاصل بقاء النكاح بينهما وهم يدعون طلاقه اياها والاصل عدمه وهل يستحلف في ذلك؟ فيه روايتان ، فان قلنا يستحلف فنكل حرمانه ميراثها لنكوله ولم يرث الاخرى لاقاراره بطلاقها فان مات فقال ورثته لاحداهن هذه المطالبة فأقرت أو أقر ورثتها بعد موتها حرمانها ميراثه وان أنكرت أو أنكر ورثتها بقياس ما ذكرناه ان القول قولها لانها تدعي بقاء نكاحها وهم يدعون زواله والاصل معها فلا يقبل قولهم عليها الا ببينة وإن شهد اثنان من ورثته أنه طلقها قبلت شهادتهما اذا لم يكونا ممن يتوفر عليهما ميراثها ولا على من لا تقبل شهادتهما كأهلهما وجدتهما لان ميراث إحدى الزوجات لا يرجع إلى ورثة الزوج وانما يتوفر على ضرائها وان ادعت إحدى الزوجات أنه طلقها طلاقاً تبين به أن نكحها فاقول قوله وان مات لم ترث لاقرارها بانها لا تستحق ميراثه قبلنا قولها فيما درن مالها وعليها العدة لاننا لم نقبل قولها فيما عليها وهذا التفريع فيما إذا كان الطلاق بينهما فان كان رجعيًا ومات في عدتها أو مات ورث كل واحد منهما صاحبه

(فصل) إذا كان له أربع نسوة فطلق إحداهن ثم نكح أخرى بعد قضاء عدتها ثم مات ولم يعلم أيهن طلق؟ فالتى تزوجها ربع ميراث النسوة ، نص عليه أحمد ولا خلاف فيه بين أهل العلم ثم يقرع بين الاربع فأيتهن خرجت قرعتها حرمت وورثت الباقيات ، نص عليه أحمد أيضا وذهب الشعبي والنخعي وعطاء الخراساني وأبو حنيفة إلى أن الباقي بين الاربع وزعم أبو عبيد أنه قول أهل الحجاز وأهل العراق جميعا ، وقال الشافعي يوقف الباقي بينهن حتى يصطلحن ، ووجه الأول ما تقدم وقد قال أحمد في رواية ابن منصور في رجل له أربع نسوة فطلق واحدة منهن ثلاثا وأحدة اثنتين وأحدة واحدة ومات على أثر ذلك ولا يدري أيهن طلق ثلاثا وأيهن طلق اثنتين وأيهن واحدة يقرع بينهن

طالق فكانا جميعا في السوق فقبل بعق العبد ولا نطالق المرأة لانه لما حث في اليمين الاولى عتق العبد فلم يبق له في السوق عبد ويحتمل أن يحث بناء على قولنا فيمن حاث على معين توافقت اليمين بهينه دون صفته كمن قال ان كلمت عبدي سعداً فأنت طالق ثم أعنته وكلمته طلقت فكذلك ههنا لان يمينه توافقت بعبد معين وان لم يرد عبداً بهينه لم نطالق المرأة لانه لم يبق له عبد في السرقة ولو كان

فالتي أباتها تخرج ولا ميراث لها هذا اذا مات في عدتهن وكان طلاقاً في صحته فإنه لا يحرم الميراث الا المطلقة ثلاثاً والباقيات رجعيات يرثنه في العدة وبرثن ومن انقضت عدتها منهن لم يرثنه ولم يرثها ولو كن طلاقه في مرضه الذي مات فيه لورثه الجميع في العدة وفيها بعدها قبل التزويج روايتان (فصل) اذا طاق واحدة لا يمينها أو يمينها فان نسبها فانقضت عدة الجميع فله نكاح خامسة

قبل القرعة وخرج ابن حامد وجهاً في أنه لا يصح نكاح الخامسة لان المطلقة في حكم نسائه بالنسبة الى وجرب الانفاق عليها وحرمة النكاح في حتها ولا يصح ما قاله لاننا علمنا أن منهن واحدة بائناً منه ليست في نكاحه ولا في عدة من نكاحه فكيف تكون زوجته وانما الانفاق عليها لاجل حبسها ومنها من الزوج بغيره لاجل اشتباهها؟ ومتى علمناها بهيئها إما بتعيينه أو بقرعة فعدها من حين طلقها لامن حين عينها، وذكر أبو حنيفة وبعض أصحاب الشافعي أن عدتها من حين التعيين وهذا فاسد فان الطلاق وقع حين ايقاعه وثبت حكمه في تحريم الوطء وحرمان الميراث من الزوج وحرمانه منها قبل التعيين فكذلك العدة وانما التعيين يبين لما كان وقما فان مات الزوج قبل التعيين فعلى الجميع عدة الوفاة في قول الشعبي والنخعي وعطاء الخراساني، قال أبو عبيد وهو قول أهل الحجاز والعراق، لان كل واحدة منهن يحتمل أنها باقية على النكاح والاصل بقاؤه فتلزمها عدته والصحيح أنه يلزم كل واحدة أطول الاجابن من عدة الوفاة وعدة الطلاق لكن عدة الطلاق من حين طلق وعدة الوفاة من حين موته لان كل واحدة منهن يحتمل أن تكون عليها عدة الوفاة ويحتمل أنها المطلقة فعليها عدة الطلاق فلا تبرا يقينا الا بأطولها وهذا في الطلاق البائن فأما الرجعية فعليها عدة الوفاة بكل حال لانها زوجة

(فصل) إذا ادعت المرأة أن زوجها طلقها فأنكرها فالقول قوله لانه منكسر ولان الاصل بقاء النكاح فان كان لها بما ادعته بينة قبلت ولا يقبل فيه إلا عدلان، ونقل ابن منصور عن أحمد أنه سئل أنجو شهادة رجل وامرأتين في الطلاق؟ قال: لا والله إنما كان كذلك لان الطلاق ليس بمال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال في غالب الاحوال فلم يقبل فيه إلا عدلان كالحدود والقصاص فان عدمت البينة استحلف في أصح الروايتين نقلها أبو طالب عن أحمد لقول النبي ﷺ «ولكن اليمين على المدعي عليه» وقوله - اليمين على من أنكر - ولانه يصح من الزوج بذله فيستحلف فيه كالمهر، ونقل ابن منصور عنه لا يستحلف في الطلاق لانه لا يقضي فيه بالنكول فلا يستحلف فيه كالنكاح إذا ادعى

في فيها تمرة فقال أنت طالق ان أكلتها أو ألقيتها أو أمسكتها فأكلت بعضها وأتقت بعضها لم يحنث إلا على قول من قال إنه يحنث بفعل بعض المحلوف عليه ، وإن نوى الجميع لم يحنث بحال ولو كانت عنده ودبة لا نسان فأحلفه ظالم أن ليس له أن عندك ودبة فإنه يحلف ما غفلان عندي ودبة وينوي

زوجيتها فأنكرته فان اختلفا في عدد الطلاق فالقول قوله لما ذكرنا، فعلى هذا إذا طلق ثلاثاً وسمعت ذلك فأنكر أو ثبت ذلك عندها بقول عدلين لم يحل لها تمكينه من نفسها وعليها أن تفر منه ما استطاعت وتمنع منه إذا أرادها وتفقد منه إن قدرت ولا تزين له ولا تقربه وتهرب إن قدرت ولا تقم معه وهذا قول أكثر أهل العلم قال جابر بن زيد وحامد بن أبي سليمان وابن سيرين تفر منه ما استطاعت وتفقد منه بكل ما يمكن وقال الثوري وأبو حنيفة وأبو يوسف تفر منه وقال مالك لا تزين له ولا تبدي له شيئاً من شعرها ولا يصيبها إلا مكرهة ، وروي عن الحسن والزهرى والنخعي يستحلف ثم يكون الائم عليه، والصحيح ما قاله الأولون لان هذه تعلم أنها أجنبية منه محرمة عليه فوجب عليها الامتناع والفرار منه كسائر الاجانب، وهكذا لو ادعى نكاح امرأة كذباً وأقام بذلك شاهدي زور فحكم له الحاكم بالزوجة أو لو زوجها تزويجاً باطلا فسلمت اليه بذلك فالحكم في هذا كالحكم في المطلقة ثلاثاً

(فصل) ولو طلقها ثلاثاً ثم جحد طلاقها لم ترثه نص عليه أحمد وبه قال قتادة وأبو حنيفة وأبو

يوسف والشافعي وابن المنذر وقال الحسن رثته لانها في حكم الزوجات ظاهراً
وانما أنها تعلم أنها أجنبية فلم ترثه كسائر الاجنبيات وقال أحمد في رواية أبي طالب تهرب منه ولا تزوج حتى يظهر طلاقها ويعلم ذلك بحجج فيدعيها فترد عليه وتعاقب، وإن مات ولم يقر بطلاقها لا ترثه لا تأخذ ما تفر لها تفر منه ولا تخرج من البلد ولكن تختفي في بلدها، قيل له فان بعض الناس قال تنتله هي بمنزلة من يدفع عن نفسه فلم يعجبه ذلك فذهب من الزوج قبل ثبوت طلاقها لانها في ظاهر الحكم زوجة هذا المطلق فانما تزوجت غيره وجب عليها في ظاهر الحكم العقوبة والرد إلى الأول ويجتمع عليها زوجان هذا بظاهر الامر وذلك بباطنه ولم يأذن لها في الخروج من البلد لان ذلك يقوي التهمة في نشوزها ولا في قتله قصداً لان الدافع عن نفسه لا يقتل قصداً، فأما إن قصدت الدفع عن نفسها فآل إلى نفسه فلائم عليها ولا ضمان في الباطن فأما في الظاهر فانها تؤخذ بحكم القتل ما لم يثبت صدقها
(فصل) قال أحمد إذا طلقها ثلاثاً فشهد أربعة أنه وطئها أقيم عليه الحد إنما أوجبها لانها

صارت بالطلاق أجنبية فهي كسائر الاجنبيات بل هي أشد تحريماً لانها محرمة وطأ ونكاحاً فان جحد طلاقها ووطئها ثم قامت البينة بطلاقه فلا حد عليه وبهذا قال الشعبي ومالك وأهل الحجاز والثوري والاوزاعي وربيعة والشافعي وأبو ثور وابن المنذر لان جحده لطلاقه يوهن ما أنه نسبه وذلك شبهة

بما الذي وير في يمينه ، وكذلك لو سرق امرأته منه شيئاً لحلف عليها بالطلاق لتصدقني امرأتك
مني ام لا وخانت أن تصدق، فانها تقول سرق منك ما سرق منك وتعني الذي سرق منك، ولو
استحل منه ظالم هل رأيت فلاناً أو لا ؟ فانه يعني برأيت أي ضربت رثته، وذكرته أي قطعت ذكره
وما طلبت منه حاجة أي الشجرة التي حبسها الحاج ولا أخذت منه فروجا يعني اقباء ولا حصير أو هو
الحبس وأشباه هذا فني لم يكن ظالماً لحلف وعنى به هذا تعلقت يمينه بما عناه ، ولو كانت له امرأة على

في دره الحد عنه ولا سبيل لنا إلى علم معرفته بالطلاق حاته وطئه إلا باقراره بذلك فان قال وطئناها لما
بأنني كنت طلقناها ثلاثاً كان إقراراً منه بالزنا فيعتبر فيه ما يعتبر في الإقرار بالزنا

(مسألة) (وإن طار طائر فقال إن كان هذا غراباً ففلانة طالق وإن لم يكن غراباً ففلانة طالق فهي
كالمسنية والحكم فيها على ما ذكرنا فيها لانها في معناها والحلاف فيها على ما ذكرنا

(مسألة) (وإن قال إن كان الطائر غراباً ففلانة طالق وإن كان حماماً ففلانة طالق لم يحكم بحثه

في واحدة منهما) لانه متيقن للنكاح شك في الحث فلا يزول عن يقين النكاح بالشك لانه يحتمل أنه غيرهما

(فصل) إذا رأى رجلان طائراً فخلف أحدهما بالطلاق أنه غراب وحلف الآخر أنه حمام

فطار ولم يعلم حاله لم يحكم بحث واحد منهما لان يقين النكاح ثابت ووقوع الطلاق مشكوك فيه فان

ادعت امرأة أحدهما حثه فيها فالقول قوله لان الاصل واليقين في جانبه

(فصل) فان قال أحد الرجلين إن كان غراباً فامرأته طالق ثلاثاً وقال الآخر إن لم يكن غراباً فامرأته

طالق ثلاثاً فطار ولم يعلم حاله فقد حث أحدهما لا بعينه ولا يحكم به في حق واحد منهما بعينه

بل يبقى في حقه أحكام النكاح من النفقة والكسوة والسكن لان كل واحد منهما يقين نكاحه باق ووقوع

طلاقه مشكوك فيه ، فأما الوطء فذكر القاضي أنه يحرم عليهما لان أحدهما حث يقيناً فامرأته محرمة

عليه وقد أشكل فحرم عليهما جميعاً كما لو حث في إحدى امرأتيه لا بعينها وقال أصحاب الرأي

والشافعي لا يحرم علي واحد منهما وطئه امرأته لانه محكوم ببقاء نكاحه عن إحدى زوجتيه قلنا إنما

تحقق حثه في واحدة غير معينة وبالنظر إلى كل واحدة مفردة فيقين نكاحها باق وطلاقها مشكوك

فيه لكن لا تحققنا أن إحداها حرام ولم يكن تمييزها حرماً عليه جميعاً وكذلك ههنا قد علمنا أن

أحد هذين الرجلين قد طلق امرأته وحرمت عليه وتميزها فيحرم الوطء عليهما ويصير كما لو

تجس أحد الاناثين لا بعينه فانه يحرم استعمال كل واحد منهما سواء كانا رجل واحد أو رجلين

وقال مكحول يحمل الطلاق عليهما جميعاً ومال إليه ابو عبيد فان ادعى كل واحد منهما أنه علم الحال

وأنه لم يحث دين فيما بينه وبين الله تعالى ونحو هذا قال عطاء والشعبي والزهري والحارث العكلي

والثوري والشافعي لان كل واحد منهما يمكن صدقه فيما ادعاه وإن أقر كل واحد منهما أنه الحاث

درجة فخاف عليها أن لا تنزل عنها ولا تصعد منها ولا تقف عليها فانها تنتقل عنها الى سلم آخر وتنزل إن شئت أو تصعد أو تقف عليه لان نزولها إنما حصل من غيرها ، وإن كان في يمينه ولا انتقلت عنها فانها تحمل مكرهه ، ولو كان في سلم وله امرأتان أحدهما في الغرفة والاخرى في البيت السفلا في فخاف لاصعدت الى هذه ولا نزلت إلى الاخرى فان السفلى تصعد وتنزل العليا ثم ينزل ان شاء أو يصعد

طلقت زوجها باقرارها على أنفسهما وإن أقر أحدهما حنث وحده فان ادعت امرأة أحدهما عليه الحنث فأنكر فالقول قوله وهل يحلف ؟ على روايتين

(مسئله) (فان قال أحدهما إن كان غراباً فعبيدي حر وقال الآخر ان لم يكن غراباً فعبيدي حر

فطار ولم يعلم حاله لم يحكم بعق واحد من العبدین)

لان الاصل بقاء الرق فان اشترى أحدهما عبد الآخر بعد أن أنكر حنث نفسه عتق الذي اشتراه لان انكاره حنث نفسه اعتراف منه بحنث صاحبه واقرار منه بعق الذي اشتراه ، وإن اشترى من أقر بحريته عتق عليه ، وإن لم يكن منه انكار ولا اعتراف فقد صار العبدان في يده أحدهما حر لا يعلم عينه فيرجع في تعيينه إلى القرعة وهو قول أبي الخطاب وقال القاضي يعق الذي اشتراه في الموضعين لان تمسكه بعبد اعتراف منه برقه وحرية صاحبه وهذا مذهب الشافعي

ولما أنه لم يعترف لفظاً ولا فعل ما يلزم منه الاعتراف فان الشرع سوغ له امساك عبده مع الجهل استناداً إلى الاصل فكيف يكون موثقاً مع تضارب ما أتى لا أعلم الحر منهما ؟ وإنما اكتفينا في ابقاء رق عبده باحتمال الحنث في حق صاحبه فاذا صار العبدان له وأحدهما حر لا يمينه صار كأنهما كانا له فأعتق أحدهما وحده فيقرع بينهما حينئذ ، فان كان الحالف واحداً فقال إن كان غراباً فعبيدي حر وإن لم يكن غراباً فامتي حرة ولم يعلم حاله فانه يقرع بينهما فيعتق أحدهما ، فان ادعى أحدهما أنه الذي أعتق أو ادعى كل واحد منهما ذلك فالقول قول السيد مع يمينه

(فصل) فان قال إن كان غراباً فنساؤه طواقي وإن لم يكن غراباً فعبيده أحرار ولم يعلم حاله منع من التصرف في المملوكين حتى يبين وعليه نفقة الجميع فان كان غراباً طلق نساؤه ورق عبيده فان ادعى العبيد أنه لم يكن غراباً ليعتقوا فالقول قول السيد وهل يحلف ؟ يخرج على روايتين ، وإن لم يكن غراباً عتق عبيده ولم تطلق النساء فان ادعين أنه كان غراباً ليطلقن فالقول قوله وفي تحليفه وجهان وكل موضع قلنا يستحلف فنسأل قضي عليه بنكوله وإن قال لا أعلم ما الطائر فقياس المذهب أن يقرع بينهما فان وقعت القرعة على الغراب طلق النساء ورق العبيد وإن وقعت على العبيد عتقوا ولم تطلق النساء وهذا قول أبي ثور وقال أصحاب الشافعي إن وقعت القرعة على العبيد عتقوا وإن وقعت على النساء لم يطلقن ولم يعتق العبيد لان القرعة لها مدخل في العتق لكون النبي صلى الله عليه وسلم أقرع بين العبيد والنساء ولا مدخل لها في الطلاق لانه لم ينقل مثل ذلك

(فصل) قال عبدالله بن احمد سألت أبي عن رجل قال لامرأته أنت طالق ان لم أجامعك اليوم وأنت طالق ان اغتسلت منك اليوم قال يصلي العصر ثم يجامعها فإذا غابت الشمس اغتسل ان لم يكن أراد بقوله اغتسلت المجامعة ، وقال في رجل قال لامرأته أنت طالق ان لم أأطأك في رمضان فسافر

فيه ولا يمكن قياسه على العتق لان الطلاق حل قيد النكاح والقرعة لا تدخل في النكاح والقرعة حل الملك ، والقرعة تدخل في تمييز الاملاك قالوا ولا يقرع بينهم إلا بعد موته .

قال شيخنا ويمكن أن يقال على هذا إن ما لا يصلح لتعيين في حق الموروث لا يصلح في حق الوارث كما لو كانت اليمين في زوجتين ولأن الاماء محرمات على الموروث تحريماً لا تزيله القرعة فلم يبحن للوارث بها كما لو تعين العتق فيهن .

(مسئلة) (إذا قال لامرأته وأجنبية إحداكما طالق ، أو قال لحماته ابنتك طالق ، أو قال سلمى طالق ، واسم امرأته سلمى ، طلقت امرأته)

لانه لا يملك طلاق غيرها ولانه إزالة ملك أشبه ما لو باع ماله وما ل غيره صح في ماله دون غيره فان قال أردت الأجنبية لم يصدق .

قال أحمد في رجل تزوج امرأة فقال لحماته ابنتك طالق وقال أردت ابنتك الأخرى التي ليست بزوجتي فلا يقبل منه . وقال في رواية أبي داود في رجل له امرأتان اسمها فاطمة ماتت إحداها فقال فاطمة طالق ينوي الميتة فقال الميتة تطلق ؟ قال أبو داود كأنه أراد في الرواية الأولى أن لا تصدقه في الحكم ، وفي الثانية يدين .

وقال القاضي فيما إذا نظر إلى امرأته وأجنبية فقال إحداكما طالق وقال أردت الأجنبية فهل يقبل ؟ على روايتين . وقال الشافعي يقبل ههنا ولا يقبل فيما إذا قال سلمى طالق وقال أردت أجنبية اسمها سلمى لان سلمى لا يتناول الأجنبية بصريحه بل من جهة الدليل وقد عارضه دليل آخر وهو أن لا تطاق غير زوجته فصار اللفظ في زوجته أظهر فلم يقبل خلافه . أما إذا قال إحداكما فانه تناول الأجنبية بصريحه ، وقال أصحاب الرأي وأبو ثور يقبل في الجميع لانه فسر كلامه بما يحتمله .

ولذا أنه لا يحتمل غير امرأته على وجه صحيح فلم يقبل تفسيره ؛ كما لو فسر كلامه بما لا يحتمله وكما لو قال سلمى طالق عند الشافعي ، ولا يصح ما ذكروه من الفرق فان قوله إحداكما ليس بصريح في واحدة منها بعينها وسلمى يتناول واحدة لا بعينها ثم تعينت الزوجة لتكونها محلاً للطلاق وخطاب غيرها به عبث كما لو قال إحداكما طالق ثم أو تناولها بصريحه لكن صرفه عنها دليل فصار ظاهراً في غيرها فان النبي ﷺ لما قال للمبلاعين « إحداكما كاذب » لم ينصرف إلا الى الكاذب منها وحده وما قال حسان يعني النبي ﷺ وأبا سفيان « فشر كما خير كما الفداء » لم ينصرف شرهما الا الى أبي سفيان وخبرهما الى النبي ﷺ وحده وهذا في الحكم ، وأما فيما بينه وبين الله تعالى فيدين فيه فمضى علم من

مسيرة أربعة أيام أو ثلاثة ثم وظنها قال لا يعجبني لأنها حيلة ولا تعجبني الحيلة في هذا ولا في غيره
قال القاضي أنا كره أحمد هذا لأن السفر الذي يبيح الفطر أن يكون سفرأ مقصوداً مباحاً ، وهذا
لا يقصد به غير حل اليمين ، والصحيح أن هذا تنحل به اليمين ويباح له الفطر فيه لأنه سفر بعيد

نفسه أنه أراد الاجنبية لم تطلق زوجته لأن اللفظ محتمل له وإن كان غير مقيد ، ولو كانت ثم قرينة دالة
على إرادته الاجنبية مثل أن يدفع يمينه ظالماً أو يتخلص بها من مكروه قبل قرله في الحكم لوجود
الدليل الصارف إليها وإن لم ينو زوجته ولا الاجنبية طلقت زوجته لأنها محل الطلاق واللفظ بحتمها
ويصلح لها ولم يصرفه عنها فوقع بها كما لو نواها

﴿ مسألة ﴾ (فإن نادى امرأته فأجابته امرأة له أخرى فقال أنت طالق بظنها المناداة طلقت
في إحدى الروايتين)

وهو قول النخعي وقتادة والاوزاعي وأصحاب الرأي واختاره ابن حامد لأنه خاطبها بالطلاق
وهي محل له فطانت كما لو قصدها

(والثانية) تطلق التي ناداها وحدها وهو قول الحسن والزهرري وإبي عبيد ، قال أحمد في رواية
مهنأ في رجل له امرأتان فقال فلانة أنت طالق فالتفت فاذا هي غير التي حلف عليها قال : قال ابراهيم
يطلقان والحسن يقول تطلق التي نوى ، قيل له ما تقول أنت ؟ قال تطلق التي نوى وذلك لأنه لم يقصدها
بالطلاق فلم تطلق كما لو أراد أن يقول أنت طاهر فسبق اسائه فقال أنت طالق ، وقال أبو بكر لا يخاف
كلام أحمد أنها لا تطلق ، وقال الشافعي تطلق المحببة وحدها لأنها مخاطبة بالطلاق فطلقت كما لو لم ينو
غيرها ولا تطلق المنوية لأنه لم يخاطبها بالطلاق ولم يعترف بطلاقها ، وهذا يبطل بما لو علم أن المحببة غيرها
فإن المنوية تطلق بإرادتها بالطلاق ولو لا ذلك لم تطلق بالاعتراف به ، لأن الاعتراف بما لا يوجب
لا يوجب ولأن التي لم نجب مقصودة بلفظ الطلاق فطلقت كما لو علم الحال ، فإن قال علمت أنها غيرها
وأردت طلاق المناداة طلقا معاً في قولهم جميعاً ، وإن قال أردت طلاق الثانية وحدها طلقت وحدها
لقصده لها وخاطبها

﴿ مسألة ﴾ (وإن اني أجنبية ظنها زوجته فقال فلانة أنت طالق فاذا هي أجنبية طلقت زوجته)
نص عليه أحمد وقال الشافعي لا تطلق لأنه خاطب بالطلاق غيرها فلم يقع كما لو علم أنها أجنبية
فقال أنت طالق

ولنا أنه قصد زوجته بلفظ الطلاق واحتمل أن لا تطلق لأنه لم يخاطبها بالطلاق ولا ذكر اسمها معه
وإن علمها أجنبية وأراد بالطلاق زوجته طلقت وإن لم يرددها بالطلاق لم تطلق

(فصل) وإن لقي امرأته فظنها أجنبية فقال أنت طالق أو تنحي يامطانة أو لقي أمته فظنها
أجنبية فقال أنت حرة أو تنحي يا حرة فقال أبو بكر فيمن لقي امرأة فقال تنحي يامطلة أو يا حرة

مباح لفصد صحيح وإرادة حل يمينه من المقاصد الصحيحة، وقد أبحنا لمن له طريقان قصيرة لا تقصر فيها الصلاة وبعيدة أن يسلك البعيدة ليقتصر فيها الصلاة ويفطر مع أنه لا فصد له سوى الترخص فنهنا أرى

كتاب الرجعة

وهي ثابتة بالكتاب والسنة والاجماع، أما الكتاب فنقول الله سبحانه (والمطافات يترصدن بأنفسهن ثلاثه قروء - إلى قوله - وبولتهن أحق بردهن في ذلك أن أرادوا إصلاحا) والمراد به الرجعة عند جماعة العلماء وأهل التفسير، وقال تعالى (وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف) أي بالرجعة ومعناه إذا قاربن بلوغ أجلهن أي انقضاء عدتهن، وأما السنة فما روى ابن عمر قال طلق امرأتي وهي حائض فسأل عمر النبي ﷺ فقال «مره فليراجعها» متفق عليه وروى أبو داود عن عمر قال إن النبي ﷺ طلق حفصة ثم راجعها وأجمع أهل العلم أن الحر إذا طلق الحرة دون الثلاث أو العبد إذا طلق دون الاثنين أن لها الرجعة في العدة ذكره ابن المنذر

﴿مسألة﴾ قال (والزوجة إذا لم يدخل بها تبنيها تطليقة وتحرمها الثلاث من الحر والائتنان من العبد)

أجمع أهل العلم على أن غير المدخول بها تبين بطلمة واحدة ولا يستحق مطاها رجعتها وذلك

وهو لا يمر بها فإذا هي زوجته أو أمته لا يقيم بهما طلاق ولا حرية لانه لم يردهما بذلك فلم ينع بهما شيء كسبق اللسان إلى ما لم يردده ويحتمل أن لا تنقضي الآية لان عادة الناس مخاطبة من لا يمر بها بقوله بأجرة وتطلى الزوجة لعدم العادة في مخاطبة بقوله بامطلمة

﴿كتاب الرجعة﴾

وهي ثابتة بالكتاب والسنة والاجماع

أما الكتاب فنقول تعالى (والمطافات يترصدن بأنفسهن ثلاثه قروء - إلى قوله - وبولتهن أحق بردهن في ذلك أن أرادوا إصلاحا) والمراد به الرجعة عند جماعة العلماء وأهل التفسير، وقال تعالى (وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف) أي بالرجعة ومعناه إذا قاربن بلوغ أجلهن أي انقضاء عدتهن وأما السنة فما روى ابن عمر قال : طلق امرأتي وهي حائض فسأل عمر النبي ﷺ فقال «مره فليراجعها» متفق عليه . وروى أبو داود عن عمر قال : إن النبي ﷺ طلق حفصة ثم راجعها، وأجمع أهل العلم على أن الحر إذا طلق الحرة دون الثلاث أو العبد إذا طلق واحدة أن لها الرجعة في العدة ذكره ابن المنذر

لان الرجعة إنما تكون في العدة ولا عدة قبل الدخول لقول الله سبحانه (يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فتمتعوهن ومصرحوهن سراحا جميلا) فبين الله سبحانه أنه لا عدة عليها فتبين بمجرد طلاقها وتصبح كالدخول بها بعد انقضاء عدتها لا رجعة عليها ولا نفقة لها ، وان رغب مطلقها فيها فهو خاطب من الخطاب يتزوجها برضاها بنكاح جديد وترجم اليه بطلقتين ، وان طلقها اثنتين ثم تزوجها رجعت اليه بطلقة واحدة بغير خلاف بين أهل العلم ، وإن طلقها ثلاثا بلمظ واحد حرمت عليه حتى تنكح زوجا غيره في قول أكثر أهل العلم ، وقد ذكرنا ذلك فيما مضى ، ولا خلاف بينهم في أن المظنة ثلاثا بعد الدخول لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره لقول الله سبحانه (فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) وروت عائشة أن رفاة القرظي طلق امرأته فبث طلاقها فتزوجت بعده عبدالرحمن بن الزبير فجات رسول الله ﷺ فقالت انها كانت عند رفاة فطلقها آخر ثلاث تطايقات فتزوجت بعده بعبد الرحمن بن الزبير وأنه والله ما معه إلا مثل هذه الهدية وأخذت هدية من جاراتها قالت فتبسم رسول الله ﷺ ضاحكا وقال : لعلك تريدن أن ترجعي إلى رفاة ؟ لا ، حتى يذوق عسبك وتذوقي عسيلته ، متفق عليه ، وفي إجماع أهل العلم على هذا غنية عن الإطالة فيه وجهور أهل العلم على أنها لا تحل للأول حتى يبطأها الزوج الثاني وإن يوجد فيه النقاء الخنثانين إلا أن سعيد بن المسيب من ينفهم قال : اذا تزوجها

(مسألة) (اذا طلق الحر امرأته بعد دخوله بها أقل من ثلاث أو العبد واحدة بغير عرض والامر يقضي ببنوثها فله رجعتها مادامت في العدة رضيت أو كرهت لما ذكرنا)

أجمع على ذلك أهل العلم وأجمعوا على أنه لا رجعة له عليها بعد قضاء عدتها وقد ذكرنا ان الطلاق معتبر بالرجال فيكون له رجعتها ما لم يطلقها ثلاثا كالحرة وفيما اذا طلق الأمة اثنتين خلاف ذكرناه فيما مضى ، ولا يعتبر في الرجعة رضا المرأة في ذلك لقول الله تعالى (ويعولتهن أحق بربدهن في ذلك) أي في العدة فجعل الحق لهم ، وقال سبحانه (فأمسكوهن بمعروف) فخطب الأزواج بالامر ولم يجعل لمن اختياراً ، ولان الرجعة أمسك المرأة بحكم الزوجية فلم يعتبر رضاها في ذلك كالتي في صاب نكاحه وأجمع أهل العلم على هذا وللعبد بعد الواحدة ما للعحر قبل الثلاث ، وقد أجمع العلماء على ان للعبد رجعة امرأته بعد الطلقة الواحدة اذا وجدت شروطها ، فاذا طلقها ثانية فلا رجعة له سواء كانت امرأته حرة أو أمة لان طلاق العبد اثنتان وفي هذا خلاف ذكرناه فيما مضى

(مسألة) (وألماظ الرجعة راجعت امرأتي أو رجعتها أو ارتجعتها أو رددتها أو أمسكتها)

لان هذه الألفاظ ورد بها الكتاب والسنة فالرد والامساك ورد بهما الكتاب بقوله تعالى (ويعولتهن أحق بربدهن في ذلك) وقال (فأمسكوهن بمعروف) يعني الرجعة ، والرجعة وردت بها السنة لقول النبي ﷺ (مره فليراجعها) وقد اشتهر هذا الاسم فيها بين أهل العرف كاشتهار اسم الطلاق فيه فانهم

تزوجها صحيحاً لا يريد به إحلالاً فلا بأس أن يتزوجها الاول قال ابن المنذر لا نعلم أحداً من أهل العلم قال بقول سعيد بن المسيب هذا إلا الخوارج أخذوا بظاهر قوله سبحانه (حتى تنكح زوجاً غيره) ومع تصريح النبي ﷺ ببيان المراد من كتاب الله تعالى وأنها لا تحل الاول حتى يذوق الثاني عسيلتها وتذوق عسيلته لا يعرج على شيء سواه ولا يسوغ لأحد المصير إلى غيره مع ما عليه جملة أهل العلم منهم علي بن أبي طالب وابن عمر وابن عباس وجابر وعائشة رضي الله عنهم ومن بعدهم مسروق والزهري ومالك وأهل المدينة واشوري وأصحاب الرأي والاوزاعي وأهل الشام والشامي وأبو عبيدة وغيرهم

(فصل) ويشترط حلها الاول ثلاثة شروط (أحدها) أن تنكح زوجاً غيره فلو كانت أمة فوطئها سيدها لم يحلها لقول الله تعالى (حتى تنكح زوجاً غيره) وهذا ليس زوج ، ولو وطئت بشبهة لم تنكح لما ذكرنا ، ولو كانت أمة فاعتبر أنها مطلقاً لم يحل له وطؤها في قول أكثر أهل العلم ، وقال بعض أصحاب الشامي تحل له لأن الطلاق يختص الزوجية فأثر في التحريم بها وقول الله تعالى (فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره) صريح في تحريمها فلا يعول على ما خالفه ، ولأن الفرج لا يجوز أن يكون محرماً مباحاً فسقط هذا

(الشرط الثاني) أن يكون النكاح صحيحاً فإن كان فاسداً لم يحلها الوطء فيه وهذا قال الحسن

يسمونها رجعة والزوجة رجعية ، قل شيخنا) ويتخرج أن يكون لفظها هو الصريح وحده لاشتهاره دون غيره كقولنا في صريح الطلاق

(فصل) والاحتياط أن يقول اشهدا علي أنني قد راجعت زوجتي الى نكاحي أو زوجتي أو راجعتها لما وقع عليها من طلاق

(مسألة) (فإن قال نكحتها أو تزوجتها فليس هو بصريح فيها وهل تحصل الرجعة به ؟ فيه وجهان) (أحدهما) لا تحصل به لأن هذا كناية والرجعة استباحة بضع مة صود لا يحصل بالكناية كالنكاح (والثاني) تحصل به الرجعة أوماً إليه أحد واختاره ابن حامد لأن الأجنبية تباح به فالرجعة أولى فلي هذا يحتاج أن ينوي به الرجعة لأن ما كان كناية تعتبر له النية ككنايات الطلاق

(فصل) فإن قل راجعتك رجعة أو لاهانة وقال أردت أنني راجعتك لمحبي إياك أو اهانة لك صحت الرجعة لأنه أتى بالرجعة وبين سببها ، وإن قل أردت أنني كنت أهيك أو أحبك وقد رددت بك بنز في الى ذلك فليس برجعة ، وإن أطلق وأما ينو شيئاً صحت الرجعة ذكره الغاضي لأنه أتى بصريح الرجعة وضم إليه ما يحتمل أن يكون سببها ويحتمل غيره فلا يزول اللفظ عن مقتضاه بالشك وهذا مذهب الشامي

(مسألة) (وهل من شرطها الاشهاد ؟ على روايتين)

والشعبي وحماد ومالك والثوري والاوزاعي وإسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأي والشافعي في الجديد وقال في القديم يحملها ذلك وهو قول الحكم وخرجه أبو الخطاب وجهها في المذهب لانه زوج فيدخل في عموم النص ، ولان النبي ﷺ لعن المحلل والمحل له فسماء محلا مع فساد نكاحه ولنا قول الله تعالى (حتى تنكح زوجا غيره) واطلاق النكاح يقتضي الصحيح ولذلك لو حلف لا يتزوج فترجى تزويجا فاسدا لم يحنث ، ولو حلف ليتزوج لم يبر بالتزويج الفاسد ولان أكثر أحكام الزوج غير ثابتة فيه من الاحصان واللعان والظهار والايلاء والنفقة وأشياء ذلك ، وأما تسميته محلا فافصده التحليل فيما لا يحل ولو أحل حقيقة لما لعن وللعن المحلل له وإنما هذا كقول النبي ﷺ « ما آمن بالقرآن من استحل بحارمه » وقال الله تعالى (يحلون له عاما ويحرمونه عاما) ولانه وطء في غير نكاح صحيح أشبه وطء الشبهة (الشرط لثالث) أن يطأها في الفرج ولو وطأه أدونه أو في البرم يحملها لان النبي ﷺ « لعل الحل على ذواق العسيلة منها ولا يحصل الا بالوطء في الفرج وأدناه تغيب الحشفة في الفرج لان أحكام الوطء تتعلق به ولو أوج الحشفة من غير انتشار لم تحل له لان الحكم يشق بذواق العسيلة ولا يحصل من غير انتشار ، وان كان الذكر مقطوعا فان بقي منه قدر الحشفة فأولجه أهلها والا فلا فان كان خصيا أو مسلولاً أو موجرا آحلت به لانه يطأ كالفحل ولم يفقد إلا الأزال وهو غير معتبر في الإحلال وهذا قول الشافعي

وجملة ذلك أن الرجعة لا تقتصر إلى ولي ولا صداق ولا رضى المرأة ولا علمها باجماع أهل العلم لان حكم الرجعية حكم الزوجات لما تذكره والرجعية امساكها واستبقاء النكاحها ولهذا سمي الله تعالى الرجعة امساكا وتركها فراقا وسراحا فقال (فإذا بلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف) وفي رواية أخرى (فامسك بمعروف أو تسمي باحسان) وإنما تشعت النكاح بالطلق وانقدها سبب زواله فالرجعة تزيل شعثه وتقطع مضيه إلى البينونة فلم تحتج لذلك إلى ما يحتاج اليه ابتداء النكاح . فأما الاشهاد ففيه روايتان (احدهما) يجب ، وهذا أحد قولي الشافعي لان الله تعالى قال (فامسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف واشهدوا ذوي عدل منكم) فظاهر الامر الوجوب ولانه استباحة بضع مقصود فوجب الشهادة فيه كالنكاح وعكسه البيع . (والرواية الثانية) لا تجب الشهادة وهي اختيار أبي بكر وقول مالك وأبي حنيفة لانها لا تقتصر الى قبول فلم تقتصر إلى شهادة كسائر حقوق الزوج ولان مالا يشترط فيه الولي لا يشترط فيه الاشهاد كالبيع وهذه أولى إن شاء الله تعالى ويحمل الامر على الاستحباب ويؤكد ذلك أن الامر بالشهادة عقيب قوله (أو فارقوهن) فهو يرجع إلى أقرب المذكورين بقبول ولا تجب الشهادة فيه فكذلك ما قبله وهو قوله (فامسكوهن) بطريق الاولى ولا خلاف بين أهل العلم في استحباب الاشهاد فان قلنا هو شرط فانه يعتبر وجوده (المغني والشرح الكبير) (٦٠) (الجزء الثامن)

قال أبو بكر: وقد روي عن أحمد في الخصي انه لا يحلها فان أباطب سأل في المرأة تتزوج الخصي تستحل به قال لا خصي يذوقه - يلة ، قال أبو بكر والعمل على ما رواه مهنا انها تحل ، ووجه الاول ان الخصي لا يحصل منه الانزال فلا ينال لذة الوطء ، فلا يذوقه - يلة ، ويحتمل أن أحد قال ذلك لان الخصي في الغالب لا يحصل منه الوطء ، أو ليس بمظنة الانزال فلا يحصل الاحلال برطء. كالوطء من غير ان يشار (فصل) واشترط أصحابنا أن يكون الوطء حلالا فان وطئها في حيض أو نفاس أو إحرام من من أحدهما أو منها أو أحدهما صائم فرضا لم تحل وهذا قول مالك لانه وطء حرام لحق الله تعالى فلم يحصل به الاحلال كوطء المرتدة وظاهر النص حليها وهو قوله تعالى (حتى تذوق عسيلته ويذوق عسيلتك) وهذا قد وجد ولانه وطء في نكاح صحيح في محل الوطء على سبيل التمام فأحلها كالوطء الحلال وكما أو وطئها وقد ضاق وقت الصلاة أو وطئها مريية يضرها الوطء. وهذا أصح ان شاء الله تعالى وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي ، وأما رطء المرتدة فلا يحلها - و. وطئها في حال ردتها أو ردتها أو وطئ المرتدة المسلمة لانه ان لم يرد المرتدة منها الى الاسلام تبين ان الوطء في غير نكاح وان عاد الى الاسلام في العدة فقد كان الوطء في نكاح غير تام لان سبب البينونة حاصل فيه وهكذا لو أسلم أحد الزوجين فوطئها الزوج قبل إسلام الآخر لم يحلها لذلك

حال الرجعة فان ارجع بغير اشارة لم يصح لان المعتبر وجودها في الرجعة دون الاقرار بها إلا أن يقصد بذلك الاقرار بالارجاع فيصح

(مسئلة) (والرجعية زوجة يلحقها الطلاق والظهار والايلاء ولعانه ويرث أحدهما صاحبه ان مات بالاجماع وان خالعا صح خلعها)

وقال الشافعي في أحد قولي لا يصح لانه يراد للتحريم وهي محرمة . ولما أنها زوجة يصح طلاقها فصح خلعها كما قبل الطلاق وليس مقصود الخلع التحريم بل الخلاص من الزوج ونكاحه الذي هو سببه والنكاح باق ولا يأمن رجعه على أننا نمنع كونها محرمة .

(مسئلة) (ويباح لزوجها وطؤها والحلوة والسفر بها ولها أن تزني له وتشرف له)

قال القاضي هذا ظاهر المذهب . قال أحمد في رواية أبي طالب لا تحتجب عنه ، وفي رواية أبي الحارث تشرف له ما كانت في العدة فظاهر هذا أنها مباحة له له أن يسافر بها ويخلو بها ويوطئها وهذا مذهب أبي حنيفة لانها في حكم الزوجات فأبيحت له كما قبل الطلاق .

وعن أحمد رحمه الله أنها ليست بمباحة ولا تحصل الرجعة بوطئها وان أكرهها عليه فلها المهر إن لم يرتجعها بعده وهو ظاهر كلام الحنفي ومذهب الشافعي وحكي ذلك عن نطاء ومالك لانها مطلقة فكانت محرمة كما لو طلقها بعوض واحدة ولاحد عليه بالوطء وإن قلنا أنها محرمة لا ينبغي أن يلزمه مهر سواء

(فصل) فان تزوجها مملوك ووطئها أحلها وبذلك قال عطاء ومالك والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم لهم مخالفاً ولأنه دخل في عموم النص ووطؤه كوطء الحر، وإن تزوجها مراهق فوطئها أحلها في قولهم إلا ما عا وأباء يديفانها قالا لا يحلها ويروي ذلك عن الحسن لأنه رطب. من غير بالغ فأشبهه وطء الصغير ولنا ظاهر النص وأنه وطء من زوج في نكاح صحيح فأشبهه البالغ ويخالف الصغير فإنه لا يمكن الوطء منه ولا تذوق عسيلته، قال القاضي وبشترط أن يكون له اثنا عشر سنة لأن من دون ذلك لا يمكنه الجماع ولا معنى لهذا فإن الخلاف في الجماع ومتى أمكنه الجماع فقد وجد منه المقصود فلا معنى لاعتبار سن ما ورد الشرع باعتبارها وتقديره بجرد الرأي والتحكم وإن كانت ذمية فوطئها زوجها الذي أحلها لطلعتها المسلم، نص عليه أحمد وقال هو زوج وبه تجب الملائنة والقسم وبه قال الحسن والزهرى والثوري والشافعي وأبو عبيد وأصحاب الرأي وابن المنذر وقال ربيعة ومالك لا يحلها ولنا ظاهر الآية ولأنه رطب من زوج في نكاح صحيح تام أشبهه وطء المسلم، وإن كانا مجنونين أو أحدهما فوطئها أحلها، وقال أبو عبد الله بن حامد لا يحلها لأنه لا يذوق العسيلة

ولنا ظاهر الآية ولأنه رطب مباح في نكاح صحيح أشبهه العاقل، وقوله لا يذوق العسيلة لا يصح فإن الجنون إنما هو تعطية العقل وليس العقل شرطاً في الشهوة وحصول اللذة بدليل البهائم لكن أن كان المجنون ذاهب الحس كالصروع والمأمن عليه لم يحصل الحل بوطئه ولا بوطء مجنونة في هذه

راجع أو لم يراجع لأنه وطئ زوجته التي يلحقها طلاقه فلم يكن عليه مهر كسائر الزوجات ويفارق ما إذا وطئ الزوج بعد اسلام أحدهما في العدة حيث يجب المهر إذا لم يسلم الآخر في العدة لأنه إذا لم يسلم تبين أن الفرقة وقعت من حين اسلام الاول وهي فرقة فسخ تبين به من نكاحه فأشبهت التي أرضعت من ينفسخ نكاحها برضائه وفي مسئلتنا لا تبين إلا بانقضاء العدة فافترقا وقال أبو الخطاب إذا أكرهها على الوطء وجب عليه المهر عند من حرّمها وهو الذي ذكره شيخنا في الكتاب المشروح وهو المنصوص عن الشافعي لأنه وطء حرّمه الطلاق فوجب به المهر كوطء المختلعة في عدتها والاول أولى لظهور الفرق بينهما فإن البائن ليست زوجة له وهذه زوجة يلحقها طلاقه وقياس الزوجة على الاجنبية في الوطء وأحكامه بعيدة.

(فصل) فإذا قلنا أنها مباحة حصلت الرجعة وطئها سواء نوى الرجعة أو لم ينو، اختارها ابن حامد والقاضي وهو قول سعيد بن المسيب والحسن وابن سيرين وعطاء وطاوس وزهري والثوري والازاعي وابن أبي ليلى وأصحاب الرأي، قال بعضهم.. ويشهد، وقال مالك واسحاق يكون رجعة إذا أراد به الرجعة لأن هذه مدة تفضي إلى بينونة فترتفع بالوطء كدة الإيلاء ولأن الطلاق سبب ازوال المالك ومعه خيار فتصرف المالك بالوطء يمنع عمله كوطء البائع الآنة المبيعة في مدة الخيار وكما ينقطع به التوكيل في طلائها

الحال لانه لا يذوق العسيلة ولا تحصل لذته ، ولعل ابن حامد انما أراد المجنون الذي هذه حاله فلا يكون ههنا اختلاف ، ولو وطئ بمعنى عليها أو نائمة لانحص بوطئ فينبغي أن لا تحل بهذا لما ذكرناه وحكمه ابن المنذر ، ويحتمل حصول الحل في ذلك كله أخذاً من عموم النص والله أعلم

(فصل) ولو وجد على فراشه امرأة نظماً أجنبية أو ظاهراً جارية فوطئها فإذا هي امرأته أحلها لانه صادف نكاحاً صحيحاً ولو وطئها فافضاها أو وطئها وهي مريضة تنفسر برطه أحلها لان التحريم ههنا لحقها وان استدخلت ذكره وهونائم أو معنى عليه لم تحل لانه لا يذوق عسلها ويحتمل أن تحل لعموم الآية والله أعلم

(مسئلة) قال (وإذا طلق الحر زوجته أقل من ثلاث فله عليها الرجعة ما كانت في العدة)

أجمع أهل العلم على أن الحر إن طلق الحرة بعد دخوله بها أقل من ثلاث بغير عوض ولا أمر يقتضي بينوتها فله عليها الرجعة ما كانت في عدتها وعلى أنه لا رجعة له عليها بعد قضاء عدتها لما ذكرناه في أول الباب وان طلق الحر امرأته الامة فهو كطلاق الحرة الا أن في خلافه ذكرناه فيما مضى وذكرنا أن الطلاق يعتبر بالرجال فيكون له رجعتها ما لم يطلقها ثلاثاً كالخرة

(فصل) ولا يعتبر في الرجعة رضی المرأة انزل الله تعالى (وبعوتن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا اصلاحاً) فجعل الحق لهم وقال سبحانه (فاستكرهن بمعروف) فخطب الارواح بالامر ولم

(مسئلة) (ولا تحصل مباشرتها والنظر إلى فرجها والخلو بها الشهرة)

نص عليه أحمد وخرجه ابن حامد على وجهين مبنيين على الروايتين في تحريم المصاهرة به أحدهما هو رجعة ، وبه قال الثوري وأصحاب الرأي لانه استمتاع بإباح بالزوجية فحصلت الرجعة به كالوطء (والثاني) ليس برجعة لانه أمر لا يتعلق به إيجاب عدة ولا مهر فلا تحصل به الرجعة كالنظر فأما الخلو بها فليست برجعة لانه ليس باستمتاع وهذا اختيار أبي الخطاب وحكي عن غيره من أصحابنا أن الرجعة تحصل به لانه معنى يحرم من الأجنبية ويحل من الزوجة فحصلت به الرجعة كالاستمتاع والصحيح أن الرجعة لا تحصل بها لأنها لا تبطل خيار المشتري للامة كالامس لغیر شهوة فأما الامس للشهوة والنظر كذلك ونحوه ليس برجعة لانه يجوز في غير الزوجة عند الحاجة فأشبهت الحديث معها (فصل) وان قلنا ليست مباحة لم تحصل الرجعة برطها ولا تحصل إلا بالقول ، وهو ظاهر كلام الحرقى لقوله والمرأجة أن يقول لرجلين عن المسلمين اشهدا أنني قد راجعت امرأتي ، وهذا مذهب الشافعي لأنها استباحة بضع مقصود وأمر بالشهاد فيه فلم يحصل من القادر بغير قول كالنكاح لان غير القول فعل من قادر على القول لم تحصل به الرجعة كالإشارة من الناطق وهو رواية عن أحمد

(مسئلة) (ولا يصح تمليق الرجعة على شرط لانه استباحة فرج مقصود فأشبه النكاح)

فلو قال راجعتك ان شئت لم يصح لذلك ولو قال كلما طلقتك فقد راجعتك لم يصح أيضاً لانه راجعها

يجعل لمن اختيارا ، ولان الرجعة إمساك امرأة بحكم الزوجية فلم يعتبر رضاها في ذلك كالتي في صلب نكاحه ، وأجمع أهل العلم على هذا

(فصل) والرجعية زوجة يلحقها طلاقه وظهاره وإيلاؤه ولعانه ويورث أحدهما صاحبه بالإجماع وان خالها أصبح خلعه ، وقال الشافعي في أحد قوايه لا يصح لانه يراد للتحريم وهي محرمة

ولنا انها زوجة صح طلاقها فصح خلعه كما قبل الطلاق وليس مقصورا على التحريم بل الخلاص من مضرة الزوج ونكاحه الذي هو سببها ، والنكاح باق ولا نأمن رجعته وعلى اننا نمنع كونها محرمة

(نصل) وظاهر كلام الحرق ان الرجعية محرمة لقوله وإذا لم يدر أو واحدة تلقى أم ثلاثا فهو متيقن للتحريم شاك في التحليل ، وقد روي عن أحمد ما يدل على هذا وهو مذهب الشافعي وحكي ذلك عن عطاء ومالك ، وقال القاضي ظاهر المذهب أنها مباحة قال أحمد في رواية أبي طالب لا تحتجب عنه وفي رواية أبي الحارث تشترط له ما كانت في العدة فظاهر هذا أنها مباحة له أن يسافر بها ويخلوها ويوطؤها وهذا مذهب أبي حنيفة لأنها في حكم الزوجات فأبيحت له كما قبل الطلاق ووجه الأولى أنها طالقة وأتممت التحريم كالتي بعرض ولا خلاف في أنه لا أحد عليه بالوطء ولا ينبغي أن يلزمه مهر سواء راجع أو لم يراجع لانه وطئ زوجته التي يلحقها طلاقه فلم يكن عليه مهر كسائر الزوجات ، وينارق ما لو وطئ الزوج بعد اسلام أحدهما في العدة حيث يجب المهر إذا لم يسلم الآخر في العدة لانه إذا لم يسلم تبيننا أن الفرقة وقعت من حين

قبل أن يملك الرجعة فأشبهه الطلاق قبل النكاح وان قال ان قدم أبوك فقد راجعتك لم يصح لانه تعليق على شرط فان راجعها في الردة من أحدهما لم يصح ، ذكره أبو الخطاب وهو صحيح مذهب الشافعي لانه استباحة بضع مقصود فلم يصح مع الردة كالنكاح ولان الرجعة تقرير للنكاح والردة تنافي ذلك فلم يصح اجتماعهما ، وقال القاضي ان قلنا بتعجيل الفرقة بالردة لم تصح الرجعة لأنها قد بانت بها وان قلنا لا تعجل الفرقة فالرجعة موقوفة ، فان أسلم المرتد منهما في العدة صحت الرجعة لاننا تبيننا أنه ارتجعها في نكاحه ولانه نوع إمساك فلم تمنع منه الردة كما لو لم يطاق وان لم يسلم في العدة تبيننا أن الفرقة وقعت قبل الرجعة وهذا قول المزني واختيار ابن حامد وهكذا ينبغي أن يكون فيما إذا راجعها بعد اسلام أحدهما

(فصل) قد ذكرنا أن من طلق طلاقا بغير عوض فله رجعة زوجته مادامت في العدة إذا كان طلاق الحر أقل من ثلاث أو العبد واحدة فعلى هذا ان كانت حاملا باثنين فوضعت أحدهما فله مراجعتها ما لم تضع الثاني ، هذا قول عامة العلماء إلا أنه حكي عن عكرمة أن العدة تنقضي بوضع الأول وما عليه سائر أهل العلم أصح فان العدة لا تنقضي إلا بوضع الحمل كله لقول الله تعالى (وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن) وأما الحمل متناول لكل ما في البطن فتبقى العدة مستمرة إلى حين وضع باقي الحمل فتبقى الرجعة يقاتلها ولان العدة لو انقضت بوضع بعض الحمل لحل لها التزويج وهي

اسلام المسلم الاول منها وهي فرقة فسح تبين به من نكاحه فأشبهت التي أرضعت من بنفسه نكاحها برضاها ، وفي مسئلتنا لا تبين إلا باقتضاء العدة فافترقا ، وقال أبو الخطاب إذا أكرهها على الوطء وجب عليه المهر عند من حرّمها وهو المنصوص عن الشافعي لأنه وطئ حرمة الطلاق فوجب به المهر كوطء البائن والفرق ظاهر فإن البائن ليست زوجة له وهذه زوجته ، وقياس الزوجة على الأجنبية في الوطء وأحكامه بعيد

﴿مسئلة﴾ قال (وللعبء بعد الواحدة ما للحرق قبل الثلاث)

أجمع العلماء على أن للعبء رجعة امرأته بعد الطائفة الواحدة إذا وجدت شروطها فان طلقها ثانية فلا رجعة له سواء كانت امرأته حرة أو أمة لأن طلاق العبء اثنتان وفي هذا خلاف ذكرناه فيما مضى

﴿مسئلة﴾ قال (ولو كانت حاملا بائنين فوضعت أحدهما فله مراجعتها ما لم تضع الثاني)

هذا قول عامة العلماء إلا أنه حكي عن عكرمة أن العدة تنقضي بوضع الاول وما عليه سائر أهل العلم أصح فإن العدة لا تنقضي إلا بوضع الحمل كله لقول الله تعالى (وأولات الإحمال أجلهن أن يضعن حملهن) واسم الحمل متناول لكل ما في البطن فبقي العدة مستمرة إلى حين وضع في الحمل فبقي الرجعة يبقاؤها ولو انقضت العدة بوضع بعض الحمل لحل لها النزويج وهي حامل من زوج آخر ولا

حامل من زوج آخر ولا قائل به ، قال شيخنا وأظن أن فتادة ناظر عكرمة في هذا فقال عكرمة تنقضي عدتها بوضع أحد الولدين فقال له فتادة يحل لها أن تزوج ؟ قال لا قال خصم العبء ولو خرج بعض الولد فارتجبعها قبل أن تضع باقيه صح لأنها لم تضع جميع حملها فصارت كمن ولدت أحد الولدين

﴿مسئلة﴾ (وان طارت من الحيضة الثالثة ولم تغتسل فهل له رجعتها؟ على روايتين)

وجه ذلك أنه إذا انقطع حيض المرأة المعتدة في المرة الثالثة ولما تغتسل فهل تنقضي عدتها بطهرها فيه روايتان ذكرهما ابن حامد

[إحداهما] لا تنقضي حتى تغتسل ولزوجها رجعتها في ذلك ، وهذا ظاهر كلام الحرق فإنه قال

في العدد فإذا اغتسلت من الحيضة الثالثة أبيحت للأزواج وبه قال كثير من أصحابنا روي ذلك

عن عمرو علي وابن مسعود وسعيد بن المسيب والثوري وأبي عبيد وروى نحوه عن أبي بكر الصديق وأبي موسى

وعباد وأبي الدرداء رضي الله عنهم وروى عن شريك له الرجعة وإن فرطت في الغسل عشرين سنة لأنه قال

من سمينا من الصحابة ولم يعرف لهم مخاف في عصرهم فكان إجماعا ولأن أكثر أحكام الحيض لا تزول إلا

بالغسل فكذلك هذا ، والرواية الثانية أن العدة تنقضي بمجرد الطهر قبل الغسل وهو قول طاوس وسعيد بن

جبير والأوزاعي واختاره أبو الخطاب لقول الله تعالى (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء)

والقروء الحيض وقد زالت فيزول التربص وفيما روي عن النبي ﷺ أنه قال «وقروا الأمة الحيضان»

قائل : وأظن أن قتادة ناظر عكرمة في هذا فقال عكرمة تنقضي عدتها بوضع أحد الولدين فقال له قتادة أبطل لها أن تتزوج ؟ قال لا قال خصم العبد ولو خرج بعض الولد فارجمها قبل أن تضع باقيه صحيح لأنها لم تضع جميع حملها فصارت كمن ولدت أحد الولدين

(فصل) إذا انقطع حيض المرأة في المرة الثالثة ولما اغتسل فهل تنقضي عدتها بطهرها ؟ فيه روايتان ذكرهما ابن حامد (إحداها) لا تنقضي عدتها حتى تغتسل ولزوجهارجمتها في ذلك ، وهذا ظاهر كلام الحرق فانه قال في العدة فاذا اعتسلت من الحيضة الثالثة أبيحت للأزواج وهذا قول كثير من أصحابنا ، وروى ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود وسعيد بن المسيب والثوري وأبي عبيد ، وروى نحوه عن أبي بكر الصديق وأبي موسى وعبد الله بن عبد الرحمن ، وروى عن شريك له الرجعة وإن فرطت في الغسل عشرين سنة ووجه هذا قول من سمينا من الصحابة ولم يعرف لهم مخالف في عصرهم فيكون إجماعاً ، ولأن أكثر أحكام الحيض لا تزول إلا ببلوغه وكذلك هذا

(والرواية الثانية) أن العدة تنقضي بمجرد الطهر قبل الغسل وهو قول طارس وسعيد بن جبير والأوزاعي واختاره أبو الخطاب لقوله تعالى (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) والقروء الحيض وقد زالت فبزول التبرص ، وإنما روي عن النبي ﷺ أنه قال «وقروا الأمة حيضتان» وقال - دعي الصلاة أيام أقرائك « يعني أيام حيضك ولأن انقضاء العدة يتعلق به بينوتهما من الزوج

وقال «دعي الصلاة أيام أقرائك» أي أيام حيضك ولأن انقضاء العدة يتعلق به بينوتهما من الزوج وحملها من غيره فلم يتعلق بفعل اختياري من جهة المرأة بغير تعاقب الزوج كالطلاق وسائر العدد ولأنها لو تركت الغسل اختياراً أو لجنون أو نحوه لم تحل فاما ان يقال بقول شريك إنها تبقى معتدة ولو بقيت عشرين سنة وذلك خلاف قول الله تعالى (ثلاثة قروء) فإن عدتها تصير أكثر من مائتي قرء أو يقال تنقضي العدة قبل الغسل والله أعلم

(فصل) إذا تزوجت الرجعية في عدتها وحملت من الزوج الثاني انقطعت عدة الاول بوطء الثاني وهل يملك الزوج رجعتها في مدة الحمل ؟ يحتمل وجهين

(أولهما) أن له رجعتها لأنها لم تنقض عدته فحكم نكاحه باق بأن ياحقها طلاقه وظهاره ، وإنما انقطعت عدته لعارض فهو كما لو وطئت في صلب نكاحه فلأنها تحرم عليه ويبقى سائر أحكام الزوجية ولأنه يملك ارتجاعها إذا عادت إلى عدته فله ذلك كما لو ارتفع حيضها في أثناء عدتها

(والوجه الثاني) ليس له رجعتها لأنها ليست في عدته فاذا وضعت الحمل انقضت عدة الثاني وبنت على ما مضى من عدة الاول وله ارتجاعها حينئذ وجهاً واحداً ولو كانت في نفاسها لأنها بعد الوضع تعود إلى عدة الاول وإن لم تحتسب به فكان له الرجعة فيه كما لو طاق حائضاً فإن له رجعتها في حيضها وإن كانت لا تعتد بها ، وإن حملت حملاً يمكن أن يكون منها فعلى الوجه الذي لا يملك رجعتها في حملها

وحملها لغيره فلم يملق بفعل اختياري من جهة المرأة بغير تعاقب الزوج كالطلاق وسائر العدد ولا أنها لو تركت الغسل اختياراً أو لجنون أو نحوه لم تحل إما أن يقال بقول شريك أنها تبقى معتدة ولو بقيت عشرين سنة وذلك خلاف قول الله (ثلاثة قروء) فإنها تصير عدتها أكثر من مائتي قرة أو يقال تنقضي العدة قبل الغسل فيكون رجوعاً عن قولهم، ويحمل قول الصحابة في قولهم حتي تغتسل أي يلزمها الغسل

(فصل) إذا تزوجت الرجعية في عدتها وحملت من الزوج الثاني انقضت عدتها من الاول بوطء الثاني وهل يملك الزوج رجعتها في عدة الحمل يحتمل وجهين

(أولاهما) أنه له رجعتها لأنها لم تنقض عدتها بحكم نكاحه باق بإحتمال طلاقه وظهاره، وإما انقضت عدته لعارض فهو كما لو وطئت في صلب نكاحه فإنها تحرم عليه وتبقى سائر أحكام لزوجة ولا أنها يملك ارتجاعها إذا عادت إلى عدته فملكه قبل ذلك كما لو ارتفع حيضها في أثناء عدتها

(والوجه الثاني) ليس له رجعتها لأنها ليست في عدته فإذا وضعت الحمل انقضت عدة الثاني وبنت على ماضى من عدة الاول وله ارتجاعها حينئذ وجهاً واحداً ولو كانت في نفاسها لأنها بعد الوضع تعود إلى عدة الاول، وإن لم تحاسب به فكان له الرجعة فيه كما لو طلق حائضاً فإن له رجعتها في حيضتها، وإن كانت لانهتد بها، وإن حملت حملاً يمكن أن يكون منها فعلى الوجه القضي لا يملك

من الثاني إذا رجعتها في هذا الحمل ثم بان أنه من الثاني لم يصح فإن بان من الاول احتمل أن لا يصح لأنه راجعها في عدتها منه واحتمل أن لا تصح لأنه راجعها مع الشك في إباحة الرجعة والاول أصح فإن الرجعة ليست بعبادة يبطلها الشك في صحتها وعلى أن العبادة تصح مع الشك فيها إذا نسي صلاة من يوم لا يعلم عينها فصلى خمس صلوات فإن كل صلاة يشك في أنها هل هي المنسية أو غيرها؟ لو شك في الحدث فتطهر ينوي رفع الحدث صحت طهارته وارتفع حدثه فنهنا أولى فإن راجعها بعد الوضع وبان الحمل من الثاني صحت رجعته وإن بان من الاول لم تصح لأن العدة انقضت بوضعه

(مسئلة) (وإن انقضت عدتها ولم يرتجعها بانت ولا تحل إلا بنكاح جديد) لقول الله سبحانه (وبعولتهن أحق بردهن) يريد الرجعة عند جماعة أهل التفسير في ذلك أي في العدة، وأجمع أهل العلم على أن المرأة إذا طلقها زوجها فلم يرتجعها حتى انقضت عدتها أنها تبين منه فلا تحل له إلا بنكاح جديد (مسئلة) (وتعود على ما بقي من طلاقها سواء رجعت بعد نكاح زوجها أو قبله وعنه أنها إن رجعت بعد نكاح غيره رجعت بطلاق ثلاث)

وجملة ذلك أن المطابقة لا تحل من أحد ثلاثة أحوال (أحدها) أن يطلقها دون ثلاث ثم تعود إليه برجعة أو نكاح جديد قبل زوج ثان فهذه تعود إليه على ما بقي من طلاقها بغير خلاف علمناه

رجعتها في حملها من الثاني إذا رجعها في هذا الحمل ثم بان أنه من الثاني لم يصح ، وإن بان من الاول
احتمل أن يصح لانه راجعها في عدتها منه واحتمل أن لا يصح لانه راجعها مع الشك في إباحة الرجعة
والاول أصح فإن الرجعة ليست بعبادة يبطلها الشك في صحتها ، وعلى أن العبادة تصح مع الشك فيها
إذا نسي صلاة من يوم لا يعلم عينيها فعلى خمس صلوات فإن كل صلاة يشك في أنها هل هي المنسية أو غيرها
ولو شك في الحدث فتطهر بنوي رفع الحدث صحت طهارته وارتفع حدثه فهنا أزل ، فإن راجعها بعد
الوضع وبان أن الحمل من الثاني صحت رجعتها ، وإن بان من الاول لم تصح الرجعة لان العدة انقضت بوضعه
(مسألة) قال (والمرجعة أن يقول لرجلين من المسلمين اشهدا أي قد راجعت
امرأتي بلا ولي يحضره ولا صداق يزيد ، وقدروي عن أبي عبد الله رحمه الله رواية أخرى
أنه تجوز الرجعة بلا شهادة)

وجملته أن الرجعة لا تقتصر الى ولي ولا صداق ولا رضى المرأة ولا علمها بإجماع أهل العلم لما
ذكرنا من أن الرجعية في أحكام لزجات الرجعة المسك لها واستبقا لنكاحها ولهذا سمي الله
سبحانه وتعالى الرجعة امساكا وتركها فراغا وسرا كما قال (فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو

(والثاني) أن يطلقها ثلاثاً فتسكح زوجها غيره ويصديها ثم يتزوجها الاول فهذه تعود بطلاق ثلاث بإجماع
من أهل العلم حكاه ابن المنذر (اثاث) طقها دون الثلاث فقضت عدتها ثم نكحت غيره ثم تزوجها
الاول ففيها روايتان (أظهرهما) أنها تعود اليه على ما بقي من الثلاث وهو قول الأكثر من أصحاب
رسول الله ﷺ منهم عمر وعلي وأبي ومعاذ وعمران بن حصين وأبو هريرة وزيد وعبد الله بن عمرو
ابن العاص رضي الله عنهم وبه قال سعيد بن المسيب وعبيدة والحسن ومالك والثوري وابن أبي ليلى
والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور ومحمد بن الحسن وابن المنذر (والرواية الثانية) عن أحمد أنها
ترجع اليه على طلاق ثلاث وهو قول ابن عمر وابن عباس وعطاء والنخعي ومريح وأبي حنيفة وأبي
يوسف لان وطء الثاني يهدم الطلقات الثلاث فأولى أن يهدم ما دونها

ولنا أن وطء الثاني لا يحتاج اليه في الاحلال للزوج الاول فلا يغير حكم الطلاق كوطء السيد
ولانه تزويج قبل استيفاء الثلاث فأشبهه ما لو رجعت اليه قبل وطء اثني وقولهم ان وطء الثاني يثبت
الحل لا يصح لوجهين (أحدهما) منع كونه مثبتاً للحل أصلاً وإنما هو في الطلاق اثلاث غاية التحريم
بدليل قوله تعالى (فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره) وحتى للغاية وإنما سمي النبي ﷺ
الزوج الذي قصد الحيلة محالاً تجوزاً بدليل أنه لانه ومن أثبت حلالاً لم يستحق لعناً (والثاني) أن
(المغني والشرح الكبير) (٦١) (الجزء الثامن)

فارقوهن بمعروف (وفي آية أخرى) فامسك بمعروف أو تبرأ من أحسان) وإنما اشعث النكاح بالطائفة وانعقد بها سبب زواله فالرجعة تنزل شعته وتقطع مضيه الى البيونة فلم يحتج لذلك إلى ما يحتاج اليه ابتداء النكاح، فأما الشهادة ففيها روايتان

(أحدهما) تجب وهذا أحد قولي الشافعي لأن الله تعالى قال (فامسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذري عدل منكم) وظاهر الأمر الوجوب ولأنه استباحة بضع مقصود فوجب الشهادة فيه كالكساح وعكسه البيم

(والرواية الثانية) لا تجب الشهادة وهي اختيار أبي بكر وقول مالك وأبي حنيفة لأنها لا تنقصر إلى قبول فلم تنقصر إلى شهادة كسائر حقوق الزوج، ولأن مالا يشترط فيه الولي لا يشترط فيه الأشهاد كالبيع وعند ذلك يحمل الأمر على الاستحباب، ولا خلاف بين أهل العلم في أن السنة الأشهاد فإن قلنا هي شرط فإنه يثبت وجودها حال الرجعة، فإن ارتجم بغير شهادة لم يصح لأن المعتبر رجدها في الرجعة دون الإقرار بها إلا أن يقصر بذلك الإقرار الارتجاع فيصح

(فصل) وظاهر كلام الحنفية أن الرجعة لا يحصل إلا بالقول بقوله المراجعة أن يقول وهذا مذهب الشافعي لأنها استباحة بضع مقصود أمر بالأشهاد فيه فلم تحصل من القادر بغير قول كالكساح

الحل إنما يثبت في محل فيه تحريم وهي المطلقة ثلاثاً وههنا هي حلال له فلا يثبت فيها حل وقولهم انه يهدم الطلاق قلنا بل هو غاية لتحريمه وما دون الثلاث لا تحريم فيها فلا يكون غاية له

﴿مسئلة﴾ (وإن ارتجها في عدتها وأشهد على رجعتها من حيث لا تعلم فاعتدت ثم تزوجت من أصابها ردت اليه ولا يطؤها حتى تنقضي عدتها في إحدى الروايتين والأخرى هي زوجة الثاني) وجملة ذلك أن زوج الرجعية إذا راجعها من حيث لا تعلم صححت المراجعة لأنها لا تنقصر إلى رضاها فلم تنقصر إلى علمها كطلاقها فإذا راجعها ولم تعلم فأنقضت عدتها وتزوجت ثم جاء وأدعى أنه كان راجعها قبل انقضاء عدتها وأقام البينة على ذلك ثبت أنها زوجته وأن نكاح الثاني فاسد لأنه تزوج امرأة غيره وترد إلى الأول سواء دخل بها أو لم يدخل وهذا هو الصحيح وهو قول أكثر الفقهاء منهم الثوري والشافعي وأبو عبيد وأصحاب الرأي وروي ذلك عن عني رضي الله عنه . وروي عن أبي عبد الله رحمه الله رواية ثانية أن دخل بها الثاني فهي امرأته ويبطل نكاح الأول روي ذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وهو قول مالك ، وروي معناه عن سعيد بن المسيب وعبد الرحمن بن اناسم ونافع لأن كل واحد منهما عقد عليها وهي بمن يجوز العقد عليها في الظاهر ومعاشني منية الدخول فقدمها ولنا أن الرجعة قد صححت وتزوجت وهي زوجة الأول فلم يصح نكاحها كما لو لم يطلقها، إذا ثبت هذا فإن كان الثاني ما دخل بها فرق بينهما وردت إلى الأول ولا شيء على الثاني وإن كان دخل بها فلها عليه مهر المثل لأن هذا وطء شبهة وتعد ولا تحل للأول حتى تنقضي عدتها منه فإن كان أقام البينة

ولأن غير القول فعل من قادر على القول فلم تحصل به الرجعة كالأشارة من الناطق وهذا إحدى الروايتين عن أحمد

(والرواية الثانية) يحصل الرجعة بالوطء سواء نوى به الرجعة أو لم ينو اختارها ابن حامد والقاضي وهو قول سعيد بن المسيب والحسن وابن سيرين وعطاء وطاوس والزهرى والثوري والاوزاعي وابن أبي ليلى وأصحاب الرأي قال بعضهم وبشده، وقال مالك وأصحابه تكون رجعة إذا أراد به الرجعة لأن هذه مدة تفضي إلى بينونة فترتفع بالوطء مدة الإيلاء ولأن الطلاق سبب لزوال الملك ومعه خيار فتصرف الملك بالوطء يمنع عمله كوطء البائت الأمة لمصلحة في مدة الخيار، وذكر أبو الخطاب أننا إذا قلنا الوطء مباح حصلت الرجعة به كما ينقطع به التوكيل في طلاقها، وإن قلنا هو محرم لم تحصل الرجعة به لأنه فعل محرم فلا يكون سببا للحل كوطء المحلل

(فصل) فأما إن قبلها أو لمساها الشهوة أو كشف فرجها ونظر إليه فلم ينصو عن أحمد أنه ليس برجعة وقال ابن حامد فيه رجعتان (أحدهما) هو رجعة وهذا قول الثوري وأصحاب الرأي لأنه استمتاع بمباح والزوجة فخصت الرجعة به كالوطء

(والثاني) أنه ليس برجعة لأنه أمر لا يتلاق به إيجاب عدة ولا مهر فلا يحصل به الرجعة كالنظر

قبل دخول الثاني بها ردت إلى الأول بغير خلاف في المذهب وهي إحدى الروايتين عن مالك، وأما أن زوجهما مع علمها بالرجعة أو علم أحدهما فالنكاح باطل بغير خلاف والوطء محرم على من علم وحكمه حكم الزاني في الحد وغيره لأنه وطئ امرأة غيره مع علمه

(فصل) وإن لم يكن للمدعي بينة بالرجعة فأنكره أحدهما لم يقبل قوله فإن أنكره جميعاً فالنكاح صحيح في حقهما وإن اعترف له بالرجعة ثبتت والحكم نيه كالحكم فيما إذا قامت به البينة سواء في أنها ترد إليه، وإن أقر له الزوج وحده فقد اعترف بفساد نكاحه فتبين منه وعليه المهر إن كان دخل بها أو نصفه إن كان لم يدخل بها لأنه لا يصدق على المرأة في إسقاط حقها عنه ولا نسلم المرأة إلى المدعي لأنه لا يقبل قول الزوج الثاني عليها وإنما يقبل في حقه ويكون القول قولها، وهل هو مع يمينها أولا؟ على وجهين. قال شيخنا ولا تستحلف لأنها لو أقرت لم يقبل إقرارها فإذا أنكرت لم تجب اليمين وفيه وجه آخر أنها تجب عليها، وإن اعترفت المرأة وأنكر الزوج لم يقبل اعترافها على الزوج في فسخ نكاحه لأن قولها إنما يقبل على نفسها في حقها وهل يستحلف؟ يحتمل وجهين

(أحدهما) لا يستحلف اختاره القاضي لأنه دعوى في النكاح فلم يستحلف كما لو ادعى زوجية امرأة فأنكرته (والثاني) يستحلف قال القاضي وهو قول الحرقي لعموم قوله عليه السلام «ولكن اليمين على المدعي عليه» ولأنه دعوى في حق آدمي فيستحلف فيه كالإل فان حلف فيمينه على نفي

فأما الحلوة بها فليس برجعة لانه ليس باستمتاع وهذا اختيار أبي الخطاب وحكي عن غيره من أصحابنا أن الرجعة تحصل به لانه معنى يحرم من الاجنبية ويحل من الزوجة فخصت به الرجعة كالاستمتاع والصحيح أنه لا تحصل الرجعة بها لانها لا تبطل اختيار المشتري للأمة فلم تكن رجعة كاللمس لغير شهوة ، فأما اللمس لغير شهوة والنظر لذلك ونحوه ليس برجعة لانه يجوز في غير الزوجة عند الحاجة فأشبه الحديث معها .

(فصل) فأما القول فتحصل به الرجعة بغير خلاف والفاظه راجعتك وارتجعتك ورددتك وأمسكتك لان هذه الالفاظ ورد بها الكتاب والسنة فالرد والامساك ورد بهما الكتاب بقوله سبحانه (وبعواثن أحق بردهن في ذلك) وقول (فأمسكنهن بمعروف) يعني الرجعة والرجعة وردت بها السنة بقول النبي ﷺ « مره فليراجعها » وقد اشتهر هذا الاسم فيها بين أهل العرف كاشتهار اسم الطلاق فيه فانهم يسمونها رجعة والمرأة رجعية، ويتمخرج أن يكون لفظها هو الصريح وحده لاشتهاره دون غيره كقولنا في صريح الطلاق ، والاحتياط أن يقول راجعت امرأتي الى نكاحي أو زوجتي أو راجعتها لما وقع عليها من طلاق ، فان قال نكحتها أو تزوجتها فهذا ليس بصريح فيها لان الرجعة ليست بنكاح وعمل تحصل به الرجعة ؟ فيه وجهان

(أحدهما) لا تحصل به الرجعة لان هذا كناية والرجعة استباحة بضع مقصود ولا تحصل بالكناية

العلم لانه على نفي فعل الغير فاذا زال نكاحه بطلاق أو فسخ أو موت ردت الى الاول من غير عقد لان المانع من ردها انما كان لحق الثاني فاذا زال زال المانع وحكم بأنها زوجة الاول كما لو شهد بحرية عبد ثم اشتراه عتق عليه ولا يلزمها الاول مهر بحال ، وذكر القاضي أن له عليها مهرا وهو قول بعض أصحاب الشافعي لانها أقرت أنها حالت بينه وبين بضعها بغير حق فأشبهه شهود الطلاق اذ رجعوا

ولما أن ملكتها استقر على انه لم يرجع به عليها كما لو ارتدت أو أسلمت أو قتلت نفسها فان مات الاول وهي في نكاح الثاني فينبغي أن ترثه لاقراره بزوجيتها واقرارها بذلك وان مات لم يرثها لانها لا تصدق في ابطال ميراث الزوج الثاني كما لم تصدق في ابطال نكاحه ويرثها الزوج الثاني لذلك وان مات الزوج الثاني لم ترثه لانها تنكر صحة نكاحه فتكر ميراثه

(مسئلة) وإن ادعت المرأة انقضاء عدتها قبل قولها إذا كان ممكناً، إلا أن تدعيه بالحیض في شهر فلا يقبل الا ببينة)

وجملة ذلك أن المرأة إذا ادعت انقضاء عدتها في رقت يمكن انقضاؤها فيها قبل قولها لقول الله تعالى (ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن) قيل في التفسير هو الحيض والحمل ولولا أن قولهن مقبول لم يخرجن بكتمانهن ، ولانه أمر تختص بمعرفة فكان القول قولها فيه كالكناية من الانسان فيما تعبر فيه النية أو أمر لا يعرف إلا من جهتها قبل قولها فيه كما يجب على المتابعي قبول خبر الصحابي عن رسول الله

كالكاح (والثاني) تحصل به الرجعة أو ما إليه أحمد واختاره ابن حامد لانه تباح به الاجنبية فالرجعية أولى وعلى هذا يحتاج أن ينوي به الرجعة لان ما كان كناية تعبر له النية ككنايات الطلاق (فصل) فان قال راجعتك المحببة أو قال الالهانة وقال أردت أنني راجعتك لمحبتي إياك أو اهانة لك صحت الرجعة لانه أتى بالرجعة وبين سببها وان قال أردت أنني كنت أهنتك أو أحبك وقد رددت بك فراقني الى ذلك فليس برجعة ، وان أطلق ولم ينو شيئاً صحت الرجعة . ذكره القاضي لانه أتى بصريح الرجعة وضم إليه ما يحتمل أن يكون إيانا لسببها ويحتمل لغيره فلا يزول الاقظ عن مقتضاه بالشك وهذا مذهب الشافعي

(فصل) ولا يصح تعليق الرجعة على شرط لانه استباحة فرج مقصود فأشبهه النكاح ، ولو قال راجعتك ان شئت لم يصح كذلك ، ولو قال كلما طعنك فقد راجعتك لم يصح لذلك ولانه راجعها قبل أن يملك الرجعة فأشبهه الطلاق قبل النكاح ، وإن قال ان قدم أبرك فقد راجعتك لم يصح لانه تعليق على شرط

(فصل) فان راجعها في الردة من أحدهما فذكر ابر الخطاب انه لا يصح وهو صحيح مذهب الشافعي لانه استباحة بضع مقصود فلم يصح مع الردة كالنكاح ولان الرجعة تقرير للنكاح والردة تنافي ذلك فلم يصح اجتماعهما ، وقال القاضي ان قلنا تعجل الفرق بالردة لم تصح الرجعة لانها قد بان

صلى الله عليه وسلم : فأما ما تنقضي به العدة فهو ثلاثة أقسام :

(الاول) أن تدعي انقضاء عدتها بالقروء وهو ينبنى على الخلاف في أقل الطهر بين الحيضتين وعلى الخلاف في أقل الحيض وهل الاقراء الحيض أو الطهر ، فان قلنا هي الحيض وأقل الطهر ثلاثة عشر يوماً ، فأقل ما تنقضي به العدة تسعة وعشرون يوماً ولحظة وذلك أن بطلانها مع آخر الطهر ثم تحيض بعده يوماً وليلة ثم تطهر ثلاثة عشر يوماً ثم تحيض يوماً وليلة ثم تطهر ثلاثة عشر يوماً ثم تحيض يوماً وليلة ثم تطهر لحظة ليعرف بها انقطاع الحيض وان لم تكن هذه اللحظة من عدتها فلا بد منها لمعرفة انقطاع حيضتها ولو صادفتها رجعتها لم تصح ومن اعتبر الغسل في انقضاء العدة فلا بد من وقت يمكن الغسل فيه بعد انقطاع الحيض ، وإن قلنا القروء الحيض وأقل الطهر خمسة عشر يوماً فأقل ما تنقضي به العدة ثلاثة وثلاثون يوماً ولحظة تزيد أربعة أيام في الطهرين ، وإن قلنا القروء الاطهار وأقل الطهر ثلاثة عشر يوماً فان العدة تنقضي بثمانية وعشرين يوماً ولحظتين وهو أن يطلقها في آخر لحظة من طهرها فتحسب بها قرءاً ثم تحتسب طهرين آخرين ستة وعشرين يوماً وبينهما حيضتين يومين فاذا طنت في الحيضة الثالثة لحظة انقضت عدتها وان قلنا الطهر خمسة عشر يوماً زدنا على هذا أربعة أيام في الطهرين فيكون اثنين وثلاثين يوماً ولحظتين وهذا قول الشافعي ، فان كانت أمة انقضت عدتها بخمسة عشر يوماً ولحظة على الوجه الاول وتسعة عشر يوماً ولحظة على الوجه الثاني واربعة عشر يوماً ولحظتين على الوجه الثالث وبسبعة عشر يوماً ولحظتين على الوجه الرابع فتى ادعت انقضاء عدتها بالقروء في أقل من هذا لم يقبل قولها عند أحد فيما أعلم لانه لا يحتمل صدقها

بها ، وان قلنا لا تميز الفرق فالرجعة موقوفة ان أسلم المرتد منهما في العدة صححت الرجعة لاننا تبينا أنه ارتجعهما في نكاحه ولأنه نوع امساك فلم تمنع منه الردة كما لو لم يطلق ، وان لم يسلم في العدة تبينا أن الفرق وقعت قبل الرجعة وهذا قول المزي وأختيار أبي حامد وهكذا ينبغي أن يكون فيما إذا راجعها بعد اسلام أحدهما

﴿مسئلة﴾ قال (واذا قال قد ارتجعتك فقالت قد انقضت عدتي قبل رجعتك فاقول قولها ما ادعت من ذلك ممكنا)

وجملة ذلك ان المرأة اذا ادعت انقضاء عدتها في مدة يمكن انقضاؤها فيها قبل قولها لقول الله تعالى (ولا يحل لمن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن) قيل في التفسير هو الحيض والحمل فلو لا أن قولهن مقبول لم يجرى بكتمانها ولأنه أمر تختص بمعرفة فكن القول قولها فيه كالتيمن من الانسان فيما تعتبر فيه النية أو أمر لا يعرف إلا من جهتها فيقبل قولها فيه كما يجب على التابعي قبول خبر الصحابي عن رسول الله ﷺ فأما ما تنقضي به العدة فلا يخلو من ثلاثة أقسام

(القسم الاول) أن تدعي انقضاء عدتها بالقروء وأقل ذلك ينبغي على الخلاف في أقل الطهرين الحيضتين وعلى الخلاف في القروء هل هي الحيض أو الاطهار فإن قلنا هي الحيض وأقل الطهر ثلاثة

(مسئلة) (فان ادعت انقضاء عدتها بالقروء في أقل من شهر لم يقبل الا بينة)

لان شرباً قال إذا ادعت أنها حاضت ثلاث حيض في شهر وجاءت بينة من النساء العدول من بطانة أهلها ممن يرضى صدقه وعدله أنها رأت ما يحرم عليها الصلاة من الطمث وتغتسل عند كل قرء وتصلّي فقد انقضت عدتها والا فهي كاذبة فقال له علي بن أبي طالب رضي الله عنه قالون ومعه بالرومية أصبت أو أحسنت فأخذ أحمد بقول علي في الشهر فان ادعت ذلك في أكثر من شهر صدقها لانها أوئمت على ذلك وإنما لم يصدقها في الشهر لان حيضها ثلاث مرات فيه يندر جداً فرجح بينته ولا يندر فيها زاد على الشهر كندرته فيه ، وقال الشافعي لا يقبل قولها في أقل من اثنين وثلاثين يوماً ولحظين لانه لا يتصور عنده في أقل من ذلك وقال أبو حنيفة لا يقبل في أقل من ستين يوماً وقال أصحابه لا يقبل في أقل من تسعة وثلاثين يوماً ولحظين لان أقل الحيض عندهم ثلاثة أيام فثلاث حيض تسعة أيام وطهران ثلاثون ، والخلاف في هذا مبني على أقل الحيض وأقل الطهر وفي القروء ماهو ، وما يدل عليه في الجملة قبول علي وشريح بينهما على انقضاء عدتها في شهر ولو لا تصوره لما قبلت عليه بينة ولا سمعت فيه دعوى ، ولا يتصور الا بما قلنا ، وأما اذا ادعت القضاء عدتها في أقل من ذلك لم تسمع دعواها ولا يصغى الى يمينها لاننا نعلم كذبها فان بقيت على

عشر يوما فأقل ما تنقضي به العدة تسعة وعشرون يوما لحظة وذلك أن يطأها مع آخر الطهر ثم تحيض بعده يوما وليلة ثم تطهر ثلاثة عشر يوما ثم تحيض يوما وليلة ثم تطهر ثلاثة عشر يوما ثم تحيض يوما وليلة ثم تطهر لحظة ليعرف بها انقطاع الحيض، وإن لم تكن هذه اللحظة من عدتها فلا بد منها لمعرفة انقطاع حيضها ولو صادفتها رجعت لم تصح، ومن اعتبر الغسل في قضاء العدة فلا بد من وقت يمكن الغسل فيه بعد انقطاع الحيض، وإن قلنا القراء الحيض والطهر خمسة عشر يوما، فأقل ما تنقضي به العدة ثلاثة وثلاثون يوما لحظة تزيد أربعة أيام في الطهرين. وإن قلنا القراء الاطهار وأقل الطهر ثلاثة عشر يوما فإن عدتها تنقضي بثمانية وعشرين يوما ولحظتين وهو أن يطأها في آخر لحظة من طهرها فتحسب بها قرأ ثم تحسب طهرين آخرين سنة وعشرين يوما وبينهما حيضتين يومين فإذا طعن في الحيضة الثلاثة لحظة انقضت عدتها، وإن قلنا الطهر خمسة عشر يوما زدنا على هذا أربعة أيام في الطهرين فيكون اثنين وثلاثين يوما ولحظتين وهذا قول الشافعي، فإن كانت أمة انقضت عدتها بخمسة عشر يوما ولحظة على الوجه الاول وتسعة عشر يوما ولحظة على الوجه الثاني وأربعة عشر يوما ولحظتين على الوجه الثالث وسنة عشر يوما ولحظتين على الوجه الرابع فني ادعت انقضاء عدتها بالقراء في أقل من هذا لم يقبل قولها عند أحد فيما أعلم لأنه لا يحتمل صدقها وإن ادعت انقضاء عدتها في أقل من شهر لم يتقبل قولها إلا ببينة لأن شريحا قال إذا ادعت

دعواها حتى أتى عليها ما يمكن صدقها فيه نظر فإن بقيت على دعواها المردودة لم يسمع قولها لأنها تدعي محالا، وإن ادعت أنها انقضت عدتها في هذه المدة كلها أو فيما يمكن منها قبل قولها لأنه أمكن صدقها، ولا فرق في ذلك بين الفاسقة والمرضية والمسلمة والكافرة لأن ما يقبل فيه قول الانسان على نفسه لا يختلف باختلاف حاله كإخباره عن نيته فيما تعتبر فيه نيته.

(فصل) فإن ادعت انقضاء عدتها بوضع الحمل فإن ادعته لنظام لم يقبل قولها في أقل من ستة أشهر من حين إمكان الوطء بعد العقد (١) لأن أقل سقط تنقضي به العدة ما أتى عليه ثمانون يوما لأنه يكون نقطة أربعين يوما وعلقة مثل ذلك ثم يصير مضغة بعد الثمانين ولا تنقضي به العدة قبل أن يصير مضغة بحال، وهذا ظاهر قول الشافعي، فأما إن ادعت انقضاء عدتها بالشهور فلا يقبل قولها فيه لأن الخلاف في ذلك ينسب على الاختلاف في الطلاق والقول قول الزوج فيه فيكون القول قوله فيما ينسب عليه إلا أن يدعي انقضاء عدتها ليسقط عن نفسه نفقة مثل أن يقول طلقك في شوال فتقول هي بل في ذي القعدة فالقول قولها لأنه يدعي ما يسقط النفقة والاصل وجوبها فلا يقبل إلا ببينة، فإن ادعت ذلك ولم يكن لها نفقة قبل قولها لأنها تقرر على نفسها بما هو أغلظ وإن انعكس الحال فقال طلقك في ذي القعدة فلي رجعتك قالت بل طلقني في شوال

(١) قوله بعد العقد لأنه لا يكمل في أقل من ذلك وإن ادعت أنها أسقطته لم يقبل قولها في أقل من ثمانين يوما من حين إمكان الوطء بعد عقد النكاح اهـ من المغني

انها حاضت ثلاث حيض في شهر وجاءت ببينة من النساء العدول من بطانة أهلها ممن برضى صدقه وعده انها رأت ما يحرم عليها الصلاة من الطمث وتغتسل عند كل قرة وتولي فقد انقضت عدتها والا فهي كاذبة ، وقال له علي بن أبي طالب : قالون ، ومعناه بالرواية أصبت أو أحسنت فأخذ أحمد بقول علي في الشهر ، فان ادعت ذلك في أكثر من شهر صدقها على حديث « ان المرأة أومنت على فرجها » ولان حيضها في الشهر ثلاث حيض يندر جدا فرجح ببينة ولا يندر فيما زاد على الشهر كندرتة فيه فقبل قولها من غير بينة ، وقال الشافعي لا يقبل قولها في أقل من اثنين وثلاثين يوما ولحظتين ولا يقبل في أقل من ذلك بحال لانه لا يتصور عنده أقل من ذلك

وقال النعمان لا تصدق في أقل من ستين يوما ، وقال صاحباه لا تصدق في أقل من تسعة وثلاثين يوما لان أقل الحيض عندهم ثلاثة أيام فثلاث حيض تسعة أيام وطهران ثلاثون يوما والخلاف في هذا ينبنى على الخلاف في أقل الحيض وأقل الطهر وفي القروء ما هي وقد سبق

وعما يدل عليه في الجملة قبول علي وشرج يثبتها على انقضاء عدتها في شهر ولولا تصوره لما قبأت عليه ببينة ولا سمعت فيه دعوى ولا يتصور إلا بما قلناه ، فأما ان ادعت انقضاء العدة في أقل من ذلك لم تسم دعواها ولا يصغى الي بيئتها لاننا نعلم كذبها ، فان بقيت على دعواها حتى أتى عليها ما يمكن صدقها فيه نظرنا فان بقيت على دعواها المردودة لم يسمع قولها لانها تدعي محالا وان ادعت

فلا رجعة لك فالقول قوله لان الاصل بقاء نكاحه ولان القول قوله في اثبات الطلاق ونفيه فكذلك في وقته ، إذا ثبت ذلك فكل موضع قلنا القول قولها فأنكرها الزوج فقال الحرقي عليها اليمين ، وهو قول الشافعي وأبي يوسف ومحمد وقد أومأ اليه أحمد في رواية أبي طالب ، وقال القاضي قياس المذهب ان لا يجب عليه يمين وقد أومأ اليه أحمد أيضاً فقال لا يمين في نكاح ولا طلاق وهو قول أبي حنيفة لان الرجعة لا يصح بذلها فلا تستحلف فيها كالحدود والاول أولى لقول رسول الله ﷺ « اليمين على المدعى عليه » ولانه حق آدمي يمكن صدق مدعيه فتجب اليمين فيه كالأموال فان نكحت من اليمين فقال القاضي لا يقضى بالنكول لانه لا يصح بذله . قال شيخنا ويحتمل أن يستحلف الزوج وله رجعتها على القول برد اليمين على المدعي لانه لما وجد النكول منها ظهر صدق الزوج وقوي جانبه واليمين تشرع في حق من قوي جانبه ولذلك شرعت في حق المدعي عليه لقوة جانبه باليد في العين وبالأصل في براءة الزمة في الدين وهو مذهب الشافعي

(فصل) إذا ادعى الزوج في عدتها أنه كان راجعاً أمس أو منذ شهر قبل قوله لانه لما ملك الرجعة ملك الاقرار بها كالطلاق وهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وغيرهم فان قال بعد انقضاء عدتها كنت راجعاً في ديتك فأنكرت فالقول قولها باجتماعهم لانه ادعاها في زمن لا يملكها والأصل عدمها وحصول البينة .

انها انقضت عدتها في هذه المدة كلها أو في ما يمكن منها قبل قولها لانه أمكن صدقها ، ولا فرق في ذلك بين الفاسفة والمرضية والمسلمة والكافرة لان ما يقبل فيه قول الانسان على نفسه لا يختلف باختلاف حاله كخباره عن بيعة فيما تعتبر فيه بيعة

(القسم الثاني) أن تدعي انقضاء عدتها بوضع الحمل فلا يخلو إما أن تدعي وضع الحمل التام أو انها اسقطته قبل كاله فان ادعت وضعه لتام فلا يقبل قولها في أقل من سنة أشهر من حين إمكان الوطء بعد العدة لانه لا يكمل في أقل من ذلك ، وان ادعت انها اسقطته لم يقبل قولها في أقل من ثمانين يوماً من حين إمكان الوطء بعد عقد النكاح لان أقل سقط تنقضي به العدة ما أتى عليه ثمانون يوماً لانه يكون نطفة أربعين يوماً ثم يكون علقه أربعين يوماً ثم يصير مضغة بعد الثمانين ولا تنقضي به العدة قبل أن يصير مضغة بحال ، وهذا ظاهر قول الشافعي

(القسم الثالث) أن تدعي انقضاء عدتها بالشهور فلا يقبل قولها فيه لان الخلاف في ذلك ينسبني على الاختلاف في وقت الطلاق والقول قول الزوج فيه فيكون اقل قوله فيما ينسبني عليه الا أن يدعي الزوج انقضاء عدتها بسقط عن نفسه نفقتها مثل أن يقول طلقته في شوال فتقول هي بل في ذي الحجة فاقول قولها لا يدعي بسقط نفقة والاصل وجوبها فلا يقبل الا ببيعة ولو ادعت ذلك ولم يكن لها نفقة قبل قولها لانها تقر على نفسها بما هو غلط

﴿مسئلة﴾ (إذا قالت انقضت عدتي فقال قد كنت راجعتك فاقول قولها)

وجملة ذلك أنه إذا كان اختلافهما في زمن يمكن فيه انقضاء عدتها وبقاؤها فبدأت فقالت انقضت عدتي فقال قد كنت راجعتك فأنكرته فاقول قولها لان خبرها بانقضاء عدتها مقبول لامكانه فصارت دعواه للرجمة بعد الحكم بانقضاء عدتها فلم تقبل .

﴿مسئلة﴾ (وان سبق فقال ارجعتك فقالت قد انقضت عدتي قبل رجعتك فأنكرها فاقول قوله) ذكره الفاضل لما ذكرنا وهو أحد الوجوه لأصحاب الشافعي وظاهر كلام الخري أن قولها مقبول سواء سبقها بالدعوى أو سبقته وهو وجه ثان لأصحاب الشافعي لان الظاهر البيئونة والاصل عدم الرجمة فكان الظاهر معها ولان من قبل قوله سابقاً كان كذلك مسبوقاً كسائر من يقبل قوله ولهم وجه ثالث أن أقول قول الزوج بكل حال لان المرأة تدعي ما يرفع النكاح وهو ينكره فكان القول قول من أنكره بخلاف ما قاسوا عليه .

﴿مسئلة﴾ (وان تداعيا مآ قدم قولها)

لان خبرها بانقضاء عدتها يكون بعد انقضائها فيكون قوله بعد العدة فلا يقبل وقيل يقدم من تقع

ولو انكسرت الدعوى فقال طلقك في ذي الحجة فلي رجعتك فقلت بل طلقني في شوال فلا رجعة لك قال قول قوله لان الاصل بقاء نكاحه ولان القول قوله في إثبات الطلاق ونفيه فكذلك في وقته ، إذا ثبت هذا فكل موضع قلنا القول قولها فأنكرها الزوج فقال الحرقى عليها اليمين وهو قول الشافعي وأبي يوسف ومحمد وقد أومأ إليه أحمد في رواية أبي طالب

وقول القاضي : قياس المذهب أن لا يجب عليها يمين وقد أومأ إليه أحمد نقل لابين في نكاح ولا طلاق وهو قول أبي حنيفة لان الرجعة لا يصح بذلها فلا يستعمل فيها كالحودود والاول أولى لقول رسول الله ﷺ : اليمين على المدعى عليه ؛ ولأنه حق آدمي يمكن صدق مدعيه فيجب اليمين فيه كالأموال ، فإن تكلمت عن اليمين فقل القاضي لا يقضى بالنكول لانه مما لا يصح بذله ، ويحتمل أن يستعمل الزوج وله رجعتها بناء على القول برد ليمين على المدعي وذلك لانه لما وجد النكول منها ظهر صدق لزوج وقوى جانبه واليمين تشرع في حق من قوي جانبه ولذلك شرعت في حق المدعي عليه إفوة جانبه باليد في العيز وبالأصل في براءة الزمة في الدين ، وهذا مذهب الشافعي

(فصل وإذا ادعى الزوج في عدتها أنه كان راجعاً أمس أو منذ شهر قبل قوله لانه لما ملك الرجعة ملك الأقاربها كالأطلاق وهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وغيرهم ، وإن قال بعد انقضاء عدتها : كنت راجعاً في عدتك فأنكرته قال قولها باجماعهم لانه ادعاها في زمن لا يملكها والأصل عدتها وحصول

له القرعة ذكره أبو الخطاب احتمالاً والصحيح الاول

(فصل) فإن اختلفا في الاصابة فقال قد أصبتك فلي رجعتك فأنكرته أو قالت قد أصابني فلي المهر كاملاً قال قول قول المنكر منهم لان الاصل معه فلا يزول الا بيمين وليس له رجعتها في الموضعين لانه إن أنكر الاصابة فهو يقر على نفسه بينوتها وأنه لا رجعة له عليها وإن أنكرتها هي فالقول قولها ولا تستحق الانصف المهر وإن أنكرها فالقول قوله هذا إذا كان المهر غير مقبوض فإن كان اختلافهما بعد قبضها له وادعى اصابة فأنكرته لم يرجع عليها بشيء لانه يقر لها به ولا يدعيه وإن كان هو المنكر رجع عليها بنصفه وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي فإن قيل فلم قبلتم قول المولي والعنين في الاصابة ولم تقبلوه ههنا ؟ قلنا المولي والعنين يدعيان ما يبقى النكاح على الصحة ويمنع فسخه والأصل صحة العقد وسلامته فكان قولهما موافقاً للأصل فقبل وفي مسئلتنا قد وقع ما يرفع النكاح ويذيله وهو ما رآه إلى بينوته وقد اختلفا فيما يرفع حكم الطلاق ويثبت له الرجعة والأصل عدم ذلك فكان قوله مخالفاً للأصل فلم يقبل ولان المولي والعنين يدعيان الاصابة في موضع تحققت فيه الخلوة والتمكين من الوطء لانه لو لم يوجد ذلك لما استحققتا الفسخ بعدم الوطء فكان الاختلاف فيما يخص به وفي مسئلتنا لم تتحقق خلوة ولا تمكين لانه لو تحقق ذلك لوجب المهر كاملاً فكان الاختلاف في امر ظاهر لا يخص به فلم يقبل فيه قول مدعيه الابينة وهل تشرع اليمين في حق من القول قوله ؟ على وجهين

البيونة فان كان اختلافا في زمن يمكن فيه انقضاء عدتها وبقاؤها فبدأت نقالت انقضت عدتي فقال قد كنت راجعك فأنكرته لم يقبل قوله لان خبرها بانقضاء عدتها مقبول لا يمكنه فصارت دعواه للرجعة بعد الحكم بانقضاء عدتها لم تقبل فان سبقها بالدعوى فقال قد كنت راجعك أمس فقالت قد انقضت عدتي قبل دعواك فالقول قوله لان دعواه للرجعة قبل الحكم بانقضاء عدتها في زمن الظاهر قبول قوله فيه فلا يقبل قولها بعد ذلك في ابطاله ولو سبق فقال قدر راجعك فقالت قد انقضت عدتي قبل رجعتك فأنكرها فقال القاضي القول قوله لما ذكرنا وهذا أحد الوجوه لأصحاب الشافعي ، وظاهر كلام الحرقي أن قولها مقبول سواء سبقها بالدعوى أو سبقتها وهو وجه ثان لأصحاب الشافعي لان الظاهر البيونة والاصل عدم الرجعة فكان الظاهر معها ولان من قبل قوله سابقا قبل قوله مسبقا كسائر من يقبل قوله ولهم وجه ثالث أن القول قبل الزوج بكل حال لان المرأة تدعي ما يرفع النكاح وهو ينكره فيمكن القول قوله كقول ادعى المولي والعين اصابته امر أنه فأنكرته وهذا لا يصح فانه قد انقضى سبب البيونة وهو انفصاليها مالم يوجد ما يرفعه ويزيل حكمه والاصل عدمه فيمكن القول قول من ينكره بخلاف ما قاسوا عليه وان وقع القول منهما جميعا فلا رجعة لان خبرها بانقضاء عدتها يكون بعدها فيكون قوله بعد العدة فلا يقبل قال إمام الخطائب ويحتمل أن يقرع بينهما فيكرن القول قول من تقع له القرعة والصحيح الاول

(فصل) والحلوة كالإصابة في اثبات الرجعة للزوج على المرأة التي خلاها في ظاهر كلام الحرقي لقوله حكها حكم الدخول في جميع امورها وهذا قول الشافعي القديم وقال أبو بكر لارجعة له عليها الا ان يصيها وبه قال أبو حنيفة وصاحبا والشافعي في الجديد لانها غير مصابة فلا يستحق رجعتها كاتي لم يخل بها ووجه الاول قوله تعالى (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ولا يحل لهن ان يكمنن ما خلق الله في أرحامهن - الى قوله - وبعوثهن أحق بردهن في ذلك) ولانها معتدة من طلاق لا عوض فيه ولم يستوف عدده فثبتت عليها الرجعة كالموطوءة ولانها معتدة بإحقها طلاقه فلك رجعتها كاتي أصابها وافارق التي لم يخل بها فانها بائن منه لا عدة لها ولا بإحقها طلاقه وانما تكون الرجعة المعتدة التي بإحقها طلاقه والخلاف في هذا مبني على وجوب العدة بالحلوة من غير إصابة ويذكر في موضعه ان شاء الله تعالى (فصل) فان ادعى زوج الامة بعد عدتها فأنكرته وصدقه مولاهما فالقول قولها نص عليه وبذلك قال أبو حنيفة ومالك وقال أبو يوسف ومحمد القول قول الزوج وهو أحق بها لان إقرار مولاهما مقبول في نكاحها فقبل في رجعتها كالخبرة إذا أنرت

ولنا ان قولها في انقضاء عدتها مقبول فقبل انكارها للرجعة كالخبرة ولانه اختلاف منها فيما يثبت به النكاح فيكون المنازع هي دون سيدها كما لو اختلفا في الإصابة وإنما قبل قول السيد في النكاح لانه يملك انشاءه فلك الاقرار به بخلاف الرجعة وإن صدقه وكذبه مولاهما لم يقبل إقرارها لان حق السيد تعلق بها

(فصل) وان اختلفا في الاصابة فقال قد أصبتك نلي رجعتك فأنكرته أو قالت قد أصابني نلي المهر كاملا فاقول قول المنكر منها لان الاصل معه فلا يزول الا بيقين وليس لرجعتها في المرضعين لانه أنكر الاصابة فهو يقر على نفسه بينوتها وانه لارجعة له عليها ، وان أنكرتها هي فاقول قولها ولا نستحق الا نصف المهر في المرضعين لانها ان أنكرتها فهي مقرة انها لاستحقاق إلا نصف المهر وان أنكرها فاقول قوله هذا ان كان غير مقبوض فان كان اختلفا بعد قبضها له وادعى اصابها فأنكرته لم يرجع عليها بشي لانه يقر لها به ولا يدعيه ، وان كان هو المنكر رجع عليها بنصفه وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي فان قيل فلم يثبت قول المولي والعين في الاصابة ولم تنبؤوه ههنا؟ قلنا لان المولي والعين يدعيان ما يبقين النكاح على الصحة ويمنع فسخه ، والاصل صحة العقد وسلامته فكان قولها موافقا للاصل فقبل ، وفي مسئلتنا قد وقع ما يرفع النكاح وبزيله وهو ما رآى بينونة ، وقد اختلفا فيما يرفع حكم الطلاق ويثبت له الرجعة ، والاصل عدم ذلك فكان قوله مخالفا للاصل فلم يقبل ، ولان المولي والعين يدعيان الاصابة في موضع تحققت فيه الخلوة والتمكين من الوطء لانه لو لم يوجد ذلك لما استحدثا الفسخ بعد الوطء فكان الاختلاف فيها يختص به وفي مسئلتنا لم تتحقق خلوة ولا تمكين لانه لو تحقق ذلك لوجب المهر كاملا فكان الاختلاف في أمر ظاهر لا يختص به فلم يقبل فيه قول مدعيه إلا ببينة وهل يشرع البمين في حق من القزل قوله ههنا؟ على وجهين

وحلت له بانقضاء عدتها فلم يقبل قولها في إبطال حقه كما لو تزوجت ثم أقرت ان مطلقها كان راجعها ولا يلزم من قبول إنكارها قبول تصديقها كاتي تزوجت فانه يقبل إنكارها ولا يقبل تصديقها إذا ثبت هذا فان مولاه إذا علم صدق الزوج لم يحل له وطؤها ولا تزويجها وإن علمت هي صدق الزوج في رجعتها فهي حرام على سيدها ولا يحل لها تمكينه من وطئها الا مكرهة كما قبل طلاقها

(فصل) ولو نالت اقضت عدتي ثم قالت ما انتقضت بعد فله رجعتها لانها أقرت بكذبها فيما يثبت له حقا عليها فقبل إقرارها ولو قال أخبرتني بانقضاء عدتها ثم راجعتها ثم أقرت بكذبها في انقضاء عدتها ثم أقرت بكذبها في انقضاء عدتها وأنكرت ما ذكر عنها وأقرت بان عدتها لم تنقض فالرجعة صحيحة لانه لم يقر بانقضاء عدتها وإنما أخبر بخبرها عن ذلك وقد رجعت عن خبرها فقبل رجوعها لما ذكرناه

(فصل) قال الشيخ رحمه الله وإن طلقها ثلاثا لم تحل له حتي تنكح زوجا غيره ويطؤها في القبل وأدنى ما يمكن من ذلك تعيب الحشفة في الفرج وإن لم ينزل

وجملة ذلك أن المرأة إذا لم يدخل بها تبينها تطليقة وتحرمها الثلاث من الحر والاثنين من العبد وقد أجمع أهل العلم على ان غير المدخول بها تبين بطاقة واحدة ولا يستحق مطلقها رجعتها لان الرجعة إنما تكون في العدة ولا عدة قبل الدخول لقول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدوهن) فيبين سبحانه أنه لا عدة

(فصل) والحلوة كالاصابة في اثبات الرجعة للزوج على المرأة التي خلا بها في ظاهر قول الخرقي لقوله حكمها حكم الدخول في جميع أمورها وهذا قول الشافعي في القديم ، وقال ابو بكر لارجعة له عليها الا أن يصيبها وبه قال النعمان وصاحباہ والشافعي في الجديد لأنها غير مصابة فلا تستحق رجعتها كغير التي خلا بها

ولنا قوله تعالى (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن - الى قوله - وبعلوتهن أحق بردهن في ذلك) ولأنها معتدة من طلاق لاعوض فيه ولم تستوف عدده فثبت عليها الرجعة كالصابة ولأنها معتدة بِلَحْمِهَا طلاقاً فلاك رجعتها كالني أصابها وفارق التي لم يخل بها فإنها بائن منه لاعدة لها ، ولا يلحقها طلاقه وإنما تكون الرجعة للمعتدة التي يلحقها طلاقه

(فصل) وان ادعى زوج الامة بعد عدتها أنه كان راجعاً في عدتها فكذبته وصدقه مولاهما فاقول قولها نص عليه احمد وبذلك قال ابر حنيفة ومالك ، وقال ابو يوسف ومحمد اقول قول الزوج وهو أحق بها لان اقرار مولاهما مقبول في نكاحها فقبل قوله في رجعتها كالحررة اذا أقرت ولنا أن قولها في انتضاء عدتها مقبول فقبل في انكارها للرجعة كالحررة ولأنه اختلاف بينهما فيما يثبت به النكاح فيكون المنازع هي دون سيدها كما لو اختلفا في الاصابة وإنما قبل قول السيد في النكاح

عليها فتبين بمجرد طلاقها وتصير كالمدخول بها بعد انتضاء عدتها لارجعة عليها ولا نفقة لها فان رغب فيها مطلقاً فهو خاطب من الخطاب لا تحل له الا ان يتزوجها برضاها جديداً وترجع اليه بطاقتين فان طلقها اثنتين ثم تزوجها رجعت اليه بطلقة واحدة بغير خلاف ان لم تكن تزوجت غيره بغير خلاف فان طلقها ثلاثاً بلفظ واحد حرمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره في قول عامة أهل العلم وقد ذكرنا ذلك فيما مضى ولا خلاف بينهم في ان المطلقة ثلاثاً بعد الدخول لا تحل حتى تنكح زوجاً غيره لقول الله سبحانه (فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره) وروى عائشة ان امرأة رفاعة القرظي جاءت رسول الله ﷺ فقالت انها كانت عند رفاعة فطلقها آخر ثلاث تطيقات فزوجت بعده بعبد الرحمن ابن الزبير وانه والله مامعه الا مثل هذه الهدبة واخذت هدية من جلبابها فتبسم رسول الله ﷺ ضاحكاً وقال « تريدن ان ترجعي إلى رفاعة لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك » متفق عليه وفي إجماع أهل العلم على هذا غنية عن الاطالة فيه وجههور العلماء على أنها لا تحل للزوج الاول حتي يطأها الثاني وطئاً يوجد فيه النقاء الحنازين إلا ان سعيد بن المسيب من بينهم قال إذا تزوجها تزويجاً صحيحاً لا يريد به احلالاً فلا بأس ان يتزوجها قال ابن المنذر ولا نعلم أحداً من أهل العلم قال بقول سعيد بن المسيب هذا الا الحوارج أخذوا بظاهر قوله سبحانه (حتى تنكح زوجاً غيره) ومع نصريح النبي ﷺ ببيان المراد من كتاب الله تعالى وأنها لا تحل للاول حتى يذوق الثاني عسيلتها وتذوق عسيلته لا يعرج

لأنه يملك انشاء فلاك الاقرار به بخلاف الرجعة ، وان صدقته هي وكذبه مولاه لم يقبل اقرارها لان حق السيد يتعاقب بها وحلت له بانقضاء عدتها لم يقبل قولها في ابطال حقه كما لو تزوجت ثم أقرت ان مطلقها كان راجعها ولا يلزم من قبول انكارها قبول تصديقها كالتي تزوجت فانه يقبل انكارها ولا يقبل تصديقها . اذا ثبت هذا فان مولاه اذا علم صدق الزوج في رجعتها لم يحل له وطؤها ولا تزويجها ، وان علمت هي صدق الزوج في رجعتها فهي حرام على سيدها ولا يحل لها تمكينه من وطئها الا مكرهه كما قبل طلاقها

(فصل) ولو قالت انقضت عدتي ثم قالت ما انقضت بعد فله رجعتها لانها أقرت بكذبها في ما يثبت به حق عليها قبل اقرارها ولو قال أخبرني بانقضاء عدتها ثم راجعها ثم أقرت بكذبها في انقضاء عدتها وأنكرت ما ذكر عنها وأقرت أن عدتها لم تنقض فالرجعة صحيحة لانه لم يقر بانقضاء عدتها وانما أخبر بخبرها عن ذلك وقد رجعت عن خبرها قبل رجوعها لما ذكرناه

(مسئلة) قال (واذا طلقها واحدة فلم تنقض عدتها حتى طلقها ثانية بنت على ماضي من العدة)

وبهذا قال ابو حنيفة وهو قول الشافعي واه قول ثن انها تستأنف العدة لانها طاعة واقعة في حق مدخول بها فانقضت عدة كاملة كالاولى

على شيء سواء ولا يسوغ لاحد المصير الى غيره مع ما عليه جملة أهل العلم منهم على بن أبي طالب وابن عمر وابن عمرو وابن عباس وجابر وعائشة رضي الله عنهم ومن بعدهم مسروق والزهري ومالك وأهل المدينة والثوري وأصحاب الرأي والاوزاعي وأهل الشام والشافعي وأبو عبيد وغيرهم

(فصل) ويشترط لحماها الاول ثلاثة شروط

(أحدها) ان تنكح زوجها غيره فلو كانت أمة فوطئها سيدها لم تحل لقول الله تعالى (حتى تنكح زوجاً غيره) وهذا ليس بزواج

(الشرط الثاني) ان يكون نكاحاً صحيحاً فلو كان فاسداً لم يحلها الوطء فيه وبهذا قال الحسن والشعبي وحماد ومالك والثوري والاوزاعي واسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأي والشافعي في الجديد وقال في القديم يحلها وهو قول الحكم وخرجه أبو الخطاب وجهها في المذهب لانه زوج فيدخل في عموم النص ولان النبي ﷺ لعن المحلل والمحلل له فسماه محاللاً مع فساد نكاحه

ولما قوله تعالى (فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره) واطلاق النكاح يقتضي الصحيح ولذلك لو حلف لا يتزوج فتزوج تزويجاً فاسداً لم يحث ولو حلف ليتزجن لم يبر بالتزوج الفاسد ولان أكثر أحكام التزويج غير ثابتة فيه من الاحصان والاعان والظهار والايلاء والنفقة واشباه ذلك وأما تسميته محاللاً فلقصد التحليل فيما لا يحل ولو أحل حقيقة لما لعن ولا لعن المحلل له وإنما هذا كقول النبي

ولنا أنها طلاقان لم يتخللها ما أصابه ولا خلوة فلم يجب بهما أكثر من عدة كما لو والى بينهما أو كما لو انقضت عدتها ثم نكحها وطلقها قبل دخوله بها، وهكذا الحكم لو طلقها ثم فسخ نكاحها لعيب في أحدهما أو لعنفها تحت عبد أو غيره أو انفسخ نكاحها لرضاع أو اختلاف دين أو غير ذلك لان الفسخ في معنى الطلاق

(فصل) وان طلقها ثم راجعها ثم طلقها قبل دخوله بها ففيه روايتان (أحدهما) نبي على ما مضى من العدة نقلها الميموني وهي اختيار أبي بكر وقول عطاء وأحد قولي الشافعي لأنهم اطلاقان لم يتخللها دخول بها فكانت العدة من الاول منهما كما لو لم يرثجها ولان الرجعة لم يتصل بها دخول فلم يجب بالطلاق منها عدة كما لو نكحها ثم طلقها قبل الدخول

(واشأنية) تسأنف العدة نقلها ابن منصور وهي أصح وهذا قول طاوس وأبي نلابة وعمرو بن دينار وجابر وسعيد بن عبد العزيز وأحق وأبي ثور وأبي عبيد وأصحاب الرأي وابن المنذر وقال الثوري أجمع الفقهاء على هذا

وحكى أبو الخطاب عن مالك ان قصد الاضرار بها بنت ولا استأنفت لان الله تعالى إنما جعل الرجعة لمن أراد الاصلاح بقوله تعالى (وبعوتن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا اصلاحا) والذي قصد الاضرار لم يقصد الاصلاح

صلى الله عليه وسلم ما آمن بالقرآن من استحل محارمه وقال الله تعالى (يحلونه عاماً ويحرمونه عاماً) ولانه وطء في غير نكاح صحيح اشبه وطء الشبهة وعلى هذا لو وطئها بشبهة لم تبسح لانه في غير نكاح
﴿مسئلة﴾ (ولو كانت امة فاشتراها مطلقاً لم يحل له وطؤها في قول أكثر اهل العلم ويحتمل ان تحل)

وقال بعض أصحاب الشافعي تحل له لان الطلاق ينخص الزوجية فأثر في التحريم بها وقول الله عز وجل (فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره) صريح في تحريمها فلا نعول على ما خالفه ولان الفرج لا يجوز ان يكون محرماً مباحاً فسقط هذا

(الشرط الثالث) ان يطأها في الفرج لما ذكرنا من حديث عائشة فعلى هذا ان وطئها دون الفرج أو في الدبر لم يحلها لانه علق الحل على ذواق العسيلة ولا يحصل الا بالوطء في الفرج وادناه تغيب الحشفة في الفرج وان لم ينزل لان أحكام الوطء تتعلق بذواق العسيلة ولا يحصل من غير انتشار
﴿مسئلة﴾ (فان كان مجبواً قد بقي من ذكره قدر الحشفة فاولجه أهلها وإلا فلا)

وان وطئها زوج مراحق أهلها في قولهم الا مالسا وأبا عبيد فانها قال لا يحلها ويرى ذلك عن الحسن لانه وطء من غير بالغ فأشبهه وطء الصغير

ولنا ظاهر النص وانه وطء من زوج في نكاح صحيح فأشبهه البالغ ويخالف الصغير فانه لا يمكن

ولنا انه طلاق في نكاح مدخول بها فيه فأوجب عدة كاملة كما لو لم يتقدمه طلاق وهذا لان الطائفة الاولى شعيت النكاح والرجعة مات شعيتهم وقطعت عمل الطلاق فصار الطلاق الثاني في نكاح غير مشعش مدخول بها فيه فأوجب عدة كالاول وكما لو ارتدت ثم أسلمت ثم طلقها فانها تستأنف عدة كذا وهنا ويفارق الطلاق قبل الرجعة فانه جاء بعد طلاق مفض الى بينونة فان راجعها ثم دخل بها ثم طلقها فانها تستأنف عدة بغير اختلاف بين أهل العلم لانه بالوطء بعد الرجعة صار كالنكاح ابتداء اذا وطئ (فصل) وان خالغ زوجته أو فسخ النكاح ثم نكحها في عدتها ثم طلقها فان كان دخل بها فعليها العدة بلا خلاف لانه طلاق في نكاح مدخول بها فيه لم يتقدمه طلاق سواء وان لم يكن دخل بها بنت على العدة الاولى في الصحيح من المذهب ، وعنه أنها تستأنف العدة وهو قول أبي حنيفة لان النكاح أقوى من الرجعة ، ولو طلقها بعد الرجعة استأنفت العدة فهنا أولى

ولنا انه طلاق من نكاح لم يصحبها فيه فلم تجب به عدة كما لو نكحها بعد انقضاء عدتها وفارق الرجعة لانها ردت المرأة الى النكاح الاول فكان الطلاق الثاني في نكاح اتصل به الدخول وهذا النكاح جديد بعد البينونة من الاولى ولم يوجد فيه دخول فأشبهه التزويج بعد قضاء العدة ، وأما بناءؤها على العدة الاولى فلانها انما تطع حكمها النكاح وقد زال فيعود اليها ولو أسلمت زوجته ثم أسلمت في عدتها أو أسلم هو ثم أسلمت في عدتها وطلقها قبل وطئ أو بعده أو ارتدت ثم أسلمت ثم طلقها فعليها عدة مستأنفة بلا خلاف لانه طلاق في نكاح رطب فيه أشبه الطلاق في النكاح الاول

الوطء منه ولا مذاق عسيلة قال القاضي يشترط ان يكون له اثنتا عشرة سنة لان من دون ذلك لا يمكنه الجماع ولا معنى لهذا فان الخلاف في الجماع متى أمكنه الجماع فقد وجد منه المقصود فلا معنى لاعتبار سن ماورد الشرع باعتبارها وتقدير بمجرد الرأي والتحكم

❦ مسألة ❦ (فان كانت ذمية فوطئها زوجها الذي أحلها المطلقة المسلم)

نص عليه أحمد وقال هو زوج وبه تجب الملاعة والقسم وبه قال الحسن والزهرى والثوري والشافعي وأبو عبيد وأصحاب الرأي وابن المنذر وقال ربيعة ومالك لا يحل ولنا ظاهر الآية لانه وطء من زوج في نكاح صحيح تام أشبه وطء المسلم (فصل) فان كانا مجنونين أو أحدهما فوطئها أحدهما ، وقال أبو عبد الله بن حامد لا يحل لانه لا يذوق العسيلة .

ولنا ظاهر الآية لانه وطء مباح في نكاح صحيح أشبه العاقل وقوله (لا يذوق العسيلة) لا يصح فان المجنون إنما هو تغطية العقل وليس العقل شرطاً في الشهرة وحصول اللذة بليل البهائم ، لكن ان كان المجنون ذاهب الحس كالصروع والغصبي عليه لم يحصل الحل بوطئه ولا بوطء مجنونة في هذه الحال لانها لا تذوق العسيلة ولا تحصل لها اللذة وامل ابن حامد إنما أراد المجنون الذي هذا حاله

(فصل) ومتى وطئ الرجعية وثلمنا إن الوطء لا تحصل به الرجعة فعليها أن تستأنف العدة من الوطء ويدخل فيها بقية عدة الطلاق لأنها عدتان من رجل واحد فدخلنا كما لو طأها واحدة فلم تنقض عدتها حتى طلقها وله ارتجاعها في بقية العدة الأولى لأنها عدة من الطلاق فإذا مضت البقية لم يكن له ارتجاعها في بقية عدة الوطء لأنها عدة من وطء شبهة فإن حبست من الوطء صارت في عدة الوطء وتدخل فيها البقية الأولى ولأنها عدان لواحد فأشبهه ما لو كانا بالافراء، وتنقض العدتان جميعاً بوضع الحمل لأنه لا يتبعض وله مراجعتها قبل وضعه لأنها في عدة من الطلاق، ويحتمل أن لا يتداخل لانهما من جنسين، فملى هذا نصير معتدة من الوطء خاصة، وهل له رجعتها في مدة الحمل؟ على وجهين مضى ترجيحهما فيما إذا حملت من وطء زوج ثان، فإذا وضعت أنمت عدة الطلاق وله ارتجاعها في هذه البقية لأنها من عدة الطلاق، ولو طأها حاملاً ثم وطأها انقضت عدتها بوضع الحمل. منهما جميعاً، ويحتمل أن تستأنف عدة الوطء بعد وضع الحمل لما ذكرنا ولا رجعة له بعد وضع الحمل في هذه الصورة بكل حال ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله على ما ذكرنا سواء.

فلا يكون هنا خلاف وكوطء غنى عاها أو زائمة لا تحس برطء فيبغي أن لا تحل بهذا لما ذكرنا وحكم ابن المنذر فيحتمل حصول الحمل في ذلك كله لعدم النص، فإن وجد على فراشه امرأة فوطأها أجنبية أو ظنها جارية فوطأها فإذا هي امرأته أحلها لأنه صادف نكاحاً صحيحاً، ولو وطأها فأفضاها أو وطأها وهي مريضة تنضرر بوطء أحلها لأن التحريم هنا لحقها فإن استخالت ذكره وهو نائم أو غنى عليه لم تحل لأنه لم يذق عسلتها ويحتمل أن تحل لعدم الآية.

(فصل) فإن كان خصياً أو مسلولاً أو موجراً أو حائضاً برطءه لأنه يأتى كالفحل ولم يفقد إلا الأنزال وهو غير معتبر في الإحلال وهذا قول الشافعي، قال أبو بكر وقد روي عن أحمد في الخصي أنه لا يحلها فإن أباطاب ساء عن المرأة تنزوج الخصي تستحل به قال لا حتى تذوق العسيلة، قال أبو بكر والعمل على ما رواه هنا أنها تحل. ووجه الأول أن الخصي لا يحصل منه أنزال فلا تنال لذة الوطء فلا تذوق العسيلة، ويحتمل أن أحمد قال ذلك لأن الخصي في الغالب لا يحصل منه الوطء أو ليس مظنة الأنزال ولا يحصل الإحلال بوطءه كالوطء من غير انتشار، ولأولى إرشاء الله حصول الإحلال به لأنه يحصل وطء المراق الذي لا يحصل منه الأنزال ولذلك تحل المرافعة التي لا يتصور منها الأنزال قبل البلوغ كذلك هذا وعلى هذا ينعم أن لا تذوق العسيلة إذا حصل منه الانتشار كغير البهائم ولا دخوله في عموم الآية.

(مسألة) (وان وطئها في الدبر أو وطئت بشبهة أو بملك يمين لم تحل)

لأن الوطء في الدبر لا تذوق به العسيلة والوطء بالشبهة وبملك اليمين وطء من غير زوج فلا يدخل (الجزء الثامن) (٦٣)

﴿مسئلة﴾ قال (وإذا طلقها ثم أشهد على المراجعة من حيث لا تعلم فاعتدت ثم نكحت من أصابها ردت إليه ولا يصيبها حتى تنقضي عدتها في إحدى الروايتين ، والاخرى هي زوجة الثاني)

وجملة ذلك ان زوج الرجعية اذا راجعها وهي لا تعلم صحت المراجعة لأنها لا تنقصر الى رضاها فلم تنقصر الى علمها كطلاقها فاذا راجعها ولم تعلم فانقضت عدتها ثم تزوجت ثم جاء وادعى انه كان راجعها قبل انقضاء عدتها وأنام البينة على ذلك ثبت أنها زوجته وان نكاح الثاني فاسد لانه تزوج امرأه غيره ونرد الى الاول سواء دخل بها الثاني أو لم يدخل بها . هذا هو الصحيح وهو مذهب أكثر الفقهاء منهم الثوري والشافعي وأبو عبيد وأصحاب الرأي روي ذلك عن علي رضي الله عنه

وعن أبي عبد الله رحمه الله رواية ثانية ان دخل بها الثاني فهي امرأته ويطل نكاح الاول روي ذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وهو قول مالك وروي معناه عن سعيد بن المسيب وعبد الرحمن بن القاسم ووافقه لان كل واحد منهما عقد عليها وهي ممن يبرز له العقد في الظاهر ومع الثاني مزلة للدخول فقدم بها

في عموم قوله تعالى (حتى تنكح زوجا غيره) فبقى على المنع

(فصل) فاز . وطئها في رده أو ردها لم يحلها لانه ان عاد إلى الاسلام فقد وقع الوطء في نكاح غير تام لانعدام سبب البينة ان لم تلم في العدة لم يصادف الوطء . نكاحا هكذا لو لم أحد الزوجين فوطئها الزوج قبل اسلام الآخر لم يحلها لذلك

﴿مسئلة﴾ (وان وطئها زوجها في حيض أو نفاس أو احرام أحلها وقال أصحابنا لا يحلها) اشتراط أصحابنا أن يكون الوطء حلالا فعلى قولهم ان وطئها في حيض أو نفاس أو احرام أو صيام فرض من أحدهما أو منهما لم تحل ، وهو قول مالك لانه وطء حرام لحق الله تعالى فلم يحصل به الاحلال كوطء المرتدة ، وظاهر النص حلها وهو قوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره وهذه قد نكحت زوجا غيره وأيضا قوله عليه السلام حتى تذرني عسيتك ويذوق عسيتك ٥ وقد وجد ولانه وطء في نكاح صحيح في محل الوطء على سبيل التمام فأحلها كالوطء المباح وكما لو وطئها وقد ضاق وقت الصلاة أو وطئها مريضة يضرها الوطء وهذا أصح ان شاء الله تعالى وهو قول أبي حنيفة ومذهب الشافعي ، فأما وطء المرتدة فقد ذكرناه وأشرنا الى الفرق

(فصل) فان تزوجها مملوك وطئها أحلها وبذلك قال عطاء ومالك والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم لهم مخالفا لانه دخل في عموم النص ووطؤه كوطء الحر

ولما أن الرجعة قد صحت وتزوجت بهي زوجة الاول فلم يصح نكاحها كما لو لم يطلقها ، فاذا ثبت هذا فإن كان الثاني مادخل بها فرق بينهما وردت الى الاول ولا شيء على الثاني وإن كان دخل بها فلها عليه مهر المثل لأن هذا وطء شبهة ، وتعقد ولا تحل للارل حتى تنقضي عدتها منه ، وإن أقام البينة قبل دخول الثاني بهاردت الى الاول بغير خلاف في المذهب وهو احدى الروايتين عن مالك ، وأما أن تزوجها مع علمها بالرجعة أو علم أحدهما بالنكاح باطل بغير خلاف والوطء محرم على من علم منهما وحكمه حكم الزاني في الحد وغيره لأنه رطبيء امرأة غيره مع علمه ، فأما ان لم يكن للمدعي الرجعة بينة فأنكره أحدهما لم يقبل قوله ولكن أنكره جميعا فالنكاح صحيح في حقهما وإن اعترفوا له بالرجعة ثبتت والحكم فيه كما لو قامت به البينة سواء ، وإن أقر له الزوج وحده فقد اعترف بنفسه نكاحه فتبين منه وعليه مهرها إن كان بعد الدخول أو نصه ان كان قبله لأنه لا يصدق على المرأة في إسقاط حتمها عنه ولا تلم المرأة الى المدعي لأنه لا يقبل قول الزوج الثاني عليها وإنما يلزمه في حقه ويكون القول قولها وهل هو مع يمينها أولا؟ على وجهين ، والصحيح أنها لا يستحلف لأنها لو أقرت لم يقبل إقرارها فاذا أنكرت لم تجب اليمين بانكارها ، وإن اعترفت المرأة وأنكر الزوج لم يقبل اعترافها على الزوج في نسخ الكاح لأن قولها إنما يقبل على نفسها في حقها وهل يستحلف؟ يحتمل وجهين (أحدهما) لا يستحلف اختاره القاضي لأنه دعوى في النكاح فلم يستحلف كما لو ادعى زوجية امرأة فأنكرته

(مسئمة) وإن طلق العبد زوجته اثنتين لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره سواء عتقا أو بقي على لرق) وجملة ذلك أن الطلاق مستبر بالرجال فاذا كان الزوج حراً فطلاقه ثلاث حرة كانت الزوجة أو أمة وإن كان عبداً فطلاقه اثنتان حرة كانت زوجته أو أمة فاذا طلق اثنتين حرمت عليه حتى تنكح زوجا غيره روي ذلك عن عمر وزيد وابن عباس ، وبه قال سعيد بن المسيب ومالك والشافعي وإسحاق وابن المنذر ، وفيه رواية أخرى أن الطلاق بالنساء ، وقد ذكرنا ذلك في كتاب الطلاق ، المختار أن الطلاق بالرجال والتفريع عليه . فعلى هذا إذا طلقها اثنتين حرمت عليه بالطلاق تحريماً لا ينحل إلا بزواج وإصابة ولم يوجد ذلك فلا يزول التحريم ، هذا ظاهر المذهب وقد روي عن أحمد أنه يحل له أن يتزوجها وتبقى عنده على واحدة وذكر حديث ابن عباس في الملوكين إذا طلقها تطليقتين ثم عتقا فله أن يتزوجها وقال لأرى شيئاً يدفعه وغير واحد يقول به أبو سلمة وجابر وسعيد بن المسيب رواه الامام أحمد في المسند وأكثر الروايات عن أحمد على الاول وقال في حديث عثمان وزيد في تحررها عليه جيد وحديث ابن عباس يرويه عمرو بن مقيث ولا أعرفه وقال ابن المبارك من أبو حسن هذا لند حمل صخرة عظيمة منكراً لهذا الحديث ، قال أحمد أما أبو حسن

(والثاني) يستحلف قال القاضي وهو قول الحرقى لعموم قوله عليه السلام «ولكن البين على المدعى عليه» ولأنه دعوى في حق آدمي فيستحلف فيه كالمال فإن حلف فيمينه على نفي العلم لانه على نفي فعل الغير فإن زال نكاحه بطلاق أو فسخ أو موت ردت الى الاول من غير عقد لان المنع من ردها إنما كان لحق الثاني فإذا زال زال المانع وحكم بانها زوجة الاول كما لو شهد بحرية عبد ثم اشترى عتق عليه ولا يلزمها الاول مهر بحال وذكر القاضي أن عليها له مهر آ وهو قول بعض أصحاب الشافعي لأنها أقرت أنها حلت يمينه وبين بضعها بغير حق فأشبهه بشهود الطلاق إذا رجعوا

وانما أن ملكها استقر على المهر فلم يرجع به عليها كما لو ارتدت أو أسلمت أو قتلت نفسها فإن مات الاول وهي في نكاح الثاني فينبغي أن ترثه لافراقه بزوجيتها أو اقرارها بذلك، وإن مات لم يرثها لأنها لا تصدق في ابطال ميراث الزوج الثاني كما لم تصدق في ابطال نكاحه، ويرثها الزوج الثاني لذلك وإن مات الزوج الثاني لم ترثه لأنها تنكر صحة نكاحه فتنكر ميراثه

﴿مسئلة﴾ قال (واذا طلقها ثلاثا وانقضت عدتها منه ثم أتته فذكرت أنها نكحت من أصابها ثم طلقها أو مات عنها وانقضت عدتها منه وكان ذلك ممكنا فله أن ينكحها إذا كان يعرف منها الصدق والصلاح وإن لم تكن عنده في هذه الحال لم ينكحها حتى يصح عنده قولها) وجملة ذلك أن المطلقة المبتوتة إذا مضى زمن بعد طلقها يمكن فيه انقضاء عدتين بينها نكاح

فهو عندي معروف ولكن لأعرف عمرو بن نفيل، قال أبو بكر ان صح الحديث فالعمل عليها وإن لم يصح فالعمل على حديث عثمان وزيدويه أقول، قل أحمد ولو طلق عبد زوجته الامة ناطقتين ثم عتق واشترىها لم تحل له ولو تزوج وهو عبد فلم يطلقها أو طلقها واحدة ثم عتق فله عليها ثلاث ناطقات أو طقتان إن كان طلقها واحدة لانه في حال الطلاق حر فاعتبر حاله حينئذ كما يعتبر حال المرأة في العدة حين رجوعها ولو تزوجها وهو حر كافر فسبي واسترق ثم أسلم جميعا لم يملك الاطلاق العبد اعتبارا بحاله حين الطلاق ولو طلقها في كفره واحدة وراجعها ثم سبي واسترق لم يملك إلا طاعة واحدة ولو طلقها في كفره طلقتين ثم استرق فأراد الزوج بها جاز له طاعة واحدة لان الطلقين وقعتا غير محرمتين فلا يتغير حكمهما بما يطرأ بهما كما أن الطلقين من العبد لما وقعتا محرمتين لم يتغير ذلك بالعق بهما

﴿مسئلة﴾ (وإذا غاب عن مطلقته فأتته فذكرت أنها نكحت من أصابها وانقضت عدتها منه وكان ذلك ممكنا فله نكاحها إذا غاب على ظنه صدقها وإلا فلا)

وجملة ذلك أن المطلقة المبتوتة إذا مضى بعد طلقها زمن يمكن فيه انقضاء عدتين بينها نكاح ووطء فأخبرته بذلك وغاب على ظنه صدقها أما بامانتها أو بخبر غيرها ممن يعرف حالها فله أن

ووطء فأخبرته بذلك وغاب على ظنه صدقها إما لمعرفته بأمانتها أو بخبر غيرها ممن يعرف حالها فله أن يتزوجها في قول عامة أهل العلم منهم الحسن والأوزاعي والثوري والشافعي وأبو عبيد وأصحاب الرأي وذلك لأن المرأة مؤتمنة على نفسها وعلى ما أخبرت به عنها، ولا سبيل إلى معرفة هذه الحال على الحقيقة إلا من جهتها فيجب الرجوع إلى قولها كما لو أخبرت بانقضاء عدتها، فأما إن لم يعرف ما يغاب على ظنه صدقها لم يحل له نكاحها، وقال الشافعي له نكاحها لما ذكرنا أولاً والورع أن لا ينكحها. ولما أن الأصل التحريم ولم يوجد غلبة ظن تنقل عنه فوجب البقاء عليه كما لو أخبره فاسق عنها

(فصل) وإذا أخبرت أن الزوج أصابها فأنكر فالقول قولها في حلها للأول والقول قول الزوج في المهر ولا يلزمه إلا نصفه إذا لم يقر بالخلوة بها، فإن قال الزوج الأول أنا أعلم أنه ما أصابها لم يحل له نكاحها لأنه يقر على نفسه بتحريمها، فإن عاد فأكذب نفسه وقال قد علمت صدقها ديناً بيننا وبين الله تعالى لأن الحل والحرم من حقوق الله تعالى فإذا علم حلها له لم تحرم بكذبه وهذا مذهب الشافعي ولأنه قد يعلم ما لم يكن علمه، ولو قال ما أعلم أنه أصابها لم تحرم عليه بهذا لأن المعتبر في حلها له خبر يغاب على ظنه صدقه لا حقيقة العلم

(فصل) وإذا طلقها طلاقاً رجعياً وغاب وقضت عدتها وأرادت التزوج فقال وكيله توفي كَيْلاً يكون راجعك لم يجب عليها التوقف لأن الأصل عدم الرجعة وحل النكاح فلا يجب الزوال عنه بأمر

يتزوجها في قول عامة أهل العلم منهم الحسن والأوزاعي والثوري والشافعي وأبو عبيد وأصحاب الرأي وذلك لأن المرأة مؤتمنة على نفسها وعلى ما أخبرت به عنها، ولا سبيل إلى معرفة هذه الحال على الحقيقة إلا من جهتها فيجب الرجوع إلى قولها كما لو أخبرت بانقضاء عدتها فأما إن لم يعرف ما يغاب على ظنه صدقها لم يحل له نكاحها، وقال الشافعي له نكاحها لما ذكرنا أولاً والورع أن لا ينكحها

ولما أن الأصل التحريم ولم يوجد غلبة ظن تنقل عنه فوجب البقاء عليه كما لو أخبره فاسق عنها (فصل) إذا أخبرت أن الزوج أصابها فأنكرها فالقول قولها في حلها للأول والقول قول الزوج في المهر ولا يلزمه إلا نصفه إذا لم يقر بالخلوة بها، فإن قال الزوج الأول أنا أعلم أنه ما أصابها لم يحل له نكاحها لأنه يقر على نفسه بتحريمها، فإن عاد فأكذب نفسه وقال قد علمت صدقها ديناً بيننا وبين الله تعالى، فإذا علم حلها لم تحرم بكذبه، وهذا مذهب الشافعي ولأنه قد يعلم ما لم يكن علمه ولو قال ما أعلم أنه أصابها لم تحرم عليه بهذا لأن المعتبر في حلها له خبر يغاب على ظنه صدقه لا حقيقة العلم (فصل) إذا طلقها طلاقاً رجعياً وغاب نقضت عدتها وأرادت التزوج نقل وكيله توفي كَيْلاً يكون راجعك لم يجب عليها التوقف لأن الأصل عدم الرجعة وحل النكاح، فلا يجب الزوال عنه بأمر مشكوك فيه ولأنه لو وجب عليها التوقف في هذه الحال لوجب عليها التوقف قبل قوله لأن احتمال الرجعة موجود سواء قال أو لم يقل فينفذي إلى تحريم النكاح على كل رجعية غاب زوجها أبداً

مشكوك فيه ، ولانه أمر لو وجب عليها النزوق في هذه الحال لوجب عليها التوقف قبل قوله لان احتمال الرجعة موجود سواء قال أو لم يقل فيفضي الى تحريم النكاح على كل رجعية غاب زوجها أبداً (فصل) فاذا قالت قد تزوجت من أصابني ثم رجعت عن ذلك قبل أن يعقد عليها لم يجز العقد لان الخبر المبيح للعقد قد زال فزالت الاباحة وان كان بعد ما عقد عليها لم يقبل لان ذلك ابطال للعقد الذي لزمها بقولها فلم يقبل كما لو ادعى زوجة امرأة فأفرت له بذلك ثم رجعت عن الاقرار

كتاب الايلاء

الايلاء في اللغة الحلف يقال آلى يولي إيلاءً وألية وجمع الألية ألياء . قال الشاعر :

قليل الألياء حافظ ليمينه إذا صدرت منه الألية برت

ويقال نألى يتألى وفي الخبر « من يتألى على الله يكذبه » فأما الايلاء في الشرع فهو الحلف على ترك وطء المرأة والاصل فيه قول الله تعالى (للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر) وكان أبي بن كعب وابن عباس يقرآن يفسرون

﴿ مسألة ﴾ قال (والمولي الذي يحلف بالله عز وجل أن لا يوطئ زوجته أكثر من أربعة أشهر) وجهه أن شرط الايلاء أربعة : أحدها أن يحلف بالله تعالى أو بصفة من صفاته ولا خلاف

(فصل) فاذا قالت قد تزوجت من أصابني ثم رجعت عن ذلك قبل أن يعقد عليها لم يجز العقد لان الخبر المبيح للعقد قد زال فزالت الاباحة وان كان ذلك بعد العقد عليها لم يقبل لان ذلك ابطال للعقد الذي لزمها بقولها فلم يقبل كما لو ادعى زوجة امرأة فأفرت له بذلك ثم رجعت عن الاقرار (كتاب الايلاء)

الايلاء في اللغة الحلف ، يقال آلى يولي إيلاءً وألية وجمع الألية ألياء . قال الشاعر

قليل الايلاء حافظ ليمينه إذا صدرت منه الألية برت

ويقال نألى يتألى وفي الخبر « من يتألى على الله يكذبه »

﴿ مسألة ﴾ (وهو الحلف على ترك الوطء في موضوع الشرع والاصل فيه قول الله تعالى (للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر) وكان أبي بن كعب وابن عباس يقرآن يفسرون)

﴿ مسألة ﴾ (وبشرط له أربعة شروط : أحدها) الحلف على ترك الوطء في القبل لانه الذي يحصل الضرر به فان تركه بغير يمين لم يكن مؤيلاً) لان الايلاء الحلف

بين أهل العلم في أن الحلف بذلك إيلاء، فأما أن حلف على ترك الوطء بغير هذا مثل أن حلف بطلاق أو عتاق أو صدقة المال أو الحج أو الظهار ففيه روايتان أحدهما لا يكون موالياً وهو قول الشافعي القديم (والرواية الثانية) هو مول، وروى عن ابن عباس أنه قال كل يمين منعت جماعها فهي إيلاء وبذلك قال الشعبي والزهري ومالك وأهل الحجاز واثوري وأبو حنيفة وأهل العراق والشافعي وأبو ثور وأبو عبيد وغيرهم لأنها يمين منعت جماعها فكانت إيلاء كالحلف بالله ولأن تعليق الطلاق والعتاق على وطئها حلف بدليل أنه لو قال متى حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم قال إن وطئت فانت طالق طلق في الحال، وقال أبو بكر كل يمين من حرام أو غيرها يجب بها كفارة يكون الحالف بها موالياً وأما الطلاق والعتاق فليس الحلف به إيلاء لأنه يتعلق به حق آدمي وما أوجب كفارة تعلق بها حق الله تعالى، والرواية الأولى هي المشهورة لأن الإيلاء المطبق إنما هو القسم ولهذا قرأ أبي وابن عباس يسمون مكان يولون، وروى عن ابن عباس في تفسير يولون قال يحلفون بالله هكذا ذكره الإمام أحمد، والعليق بشرط ليس بقسم ولهذا لا يؤتى فيه بحرف قسم ولا يجاب بجوابه ولا يذكره أهل العربية في باب القسم فلا يكون إيلاء، وإنما يسمى حلفاً تجزأاً لمشاركة القسم في المعنى المشهور في القسم وهو الحث على الفعل أو المنع منه أو تأكيد الخبر والكلام عند إطلاقه لحقيقته وبدل على هذا

﴿مسئلة﴾ (فإن تركه مضراً به من غير عذر فهل تضرب له مدة الإيلاء ويحكم عليه بحكمه؟ على روايتين) أما إذا تركه لعذر من مرض أو غيبة أو نحوه لم تضرب له مدة ولا ففيه روايتان (أحدهما) تضرب له مدة أربعة أشهر فإن وطئها والا دعي بعدها إلى الوطء فإن امتنع منه أمر بالطلاق كما يفعل في الإيلاء سواء لأنه أضربها بترك الوطء في مدة الإيلاء فيلزم حكمه كما لو حلف ولان ما وجب أدائه إذا حلف على تركه وجب أدائه إذا لم يحلف كالنفقة وسائر الواجبات، يحققه أن اليمين لا تجعل غير الواجب واجباً إذا حلف على تركه فوجوبه معها يدل على وجوبه قبلها ولان وجوبه في الإيلاء إنما كان لدفع حاجة المرأة وإزالة الضرر عنها وضررها لا يختلف بالإيلاء وعدمه فلا يختلف الوجوب، فإن قيل فلا يبقى للإيلاء أثر فلم أفردتم له باباً قلنا بل له أثر فإنه يدل على قصد الإضرار فيتعلق الحكم به وإن لم يظهر منه قصد الإضرار اكتفينا بدلالته وإذا لم يوجد الإيلاء احتجنا إلى دليل سواء يدل على المضارة فيعتبر الإيلاء لدلالته على المقضى لالعينه (والثانية) لا تضرب له مدة وهو قول أبي حنيفة والشافعي لأنه ليس بمول فلا تضرب له مدة كما لو لم يقصد الإضرار ولان تعليق الحكم بالإيلاء يدل على انتفائه عند عدمه إذ لو ثبت هذا الحكم بدون له أثر وليس امتناعه باليمين أقوى من امتناعه بقصد الضرر لانه يمتنع بقصد الضرر ويلزمه الكفارة فلا يصح الإلحاق إذا لم يحلف بما إذا حلف لقوة المانع والله أعلم

قول الله تعالى (فان فاؤا فان الله غفور رحيم) وإنما يدخل الغفران في اليمين بالله، وأيضا قول النبي ﷺ « من حلف بغير الله فقد أشرك » وقوله « ان الله ينهاكم أن تحذوا بأبائكم » متفق عليه، وإن سلمنا أن غير القسم حلف لكن الحلف باطلاً إنما ينصرف إلى القسم وإنما يصرف إلى غير القسم بإيلاء، ولا خلاف في أن القسم بغير الله تعالى وصفاته لا يكون إيلاء لأنه لا يوجب كفارة ولا شيئاً يمنع من الوطء فلا يكون إيلاء. كالخبر بغير القسم، وإذا قلنا بالرواية الثانية فلا يكون مولياً إلا أن يحلف بما يلزمه بالحنث فيه حق كقوله إن وطئتك فعبدي حر أو فأنت طالق أو فأنت علي كظهر أمي أو فأنت علي حرام أو نلله علي صوم سنة أو الحج أو صدقة فهذا يكون إيلاء لأنه يلزمه بوطئها حق يمنعه من وطئها خوفاً من وجوبه وإن قال إن وطئتك فأنت زانية لم يكن مولياً لأنه لا يلزمه بالوطء حق ولا يصير قاذفاً بالوطء لأن القذف لا يتعلق بالشرط ولا يجوز أن نصير زانية بوطئها كما لا نصير زانية بطلوع الشمس، وإن قال إن وطئتك نلله علي صوم هذا الشهر لم يكن مولياً لأنه لو وطئها بعد مضيه لم يلزمه حق فإن صوم هذا الشهر لا يتصور بعد مضيه فلا يلزم بالنذر كما لو قال إن وطئتك نلله علي صوم أمس وإن قال إن وطئتك نلله علي أن أصلي عشرين ركعة كان مولياً وقال أبو حنيفة لا يكون مولياً لأن الصلاة لا يتعلق بها مال ولا تتعلق بمال فلا يكون الحلف بها مولياً كولو قال إن وطئتك نلله علي أن أسقي في السوق

مسئلة (وإن حلف على ترك الوطء في الدبر أو دون الفرج لم يكن مولياً)
لأنه إذا حلف على ترك الوطء في الدبر لم يترك الوطء الواجب عليه ولا تتضرر المرأة بتركه لأنه وطء محرم وقد اكتمل منع نفسه بيمينه وكذلك إن حلف على ترك الوطء دون الفرج لأنه لم يحلف على الوطء الذي يطالب به في الفحشاء ولا ضرر على المرأة في تركه
مسئلة (وإن حلف لا يجامعها إلا جماعاً سواء يرد جماعاً ضعيفاً لا يزبد على التمتع الحتانين لم يكن مولياً)
لأنه لا يمكنه الوطء الواجب عليه من غير حنث وإن قال أردت وطأ لا يبلغ التمتع الحتانين فهو مول لأن لا يمكنه الوطء الواجب عليه في الفحشاء بغير حنث وكذلك إن أراد به الوطء في الدبر أو دون الفرج فكذلك وإن لم يكن له نية فليس بمول لأنه محتمل فلا يتعين ما يكون به مولياً، وإن قال والله لا جامعتك جماعاً سوى لم يكن مولياً بحال لأنه لم يحلف على ترك الوطء إنما حلف على ترك صفته المكروهة.
مسئلة (وإذا حلف على ترك الوطء بلفظ لا يحتمل غيره كلفظه الصريح وقوله لا أدخل أو أغيب في فرجك وللبكر خاصة لا اقتضضتك لم يدين فيه)

وجملته أن الالفاظ التي يكون بها مولياً تنقسم ثلاثة أقسام :
(أحدها) ما هو صريح في الحكم والباطن جميعاً كقوله والله لا أنيكك ولا أدخل أو أغيب

ولنا أن الصلاة تجب بالنذر فكان الحالف بها مولى كالصوم والحج وما ذكره لا يصح فإن الصلاة تحتاج إلى الماء والسترة وأما المشي في السوق فقياس المذهب على هذه الرواية أنه يكون مولى لأنه يلزمه بالحنث في هذا النذر أحد شيئين : إما الكفارة وإما المشي فقد صار الحنث موجبا لحق عليه فعلى هذا يكون مولى بنذر فعل المباحات والمعاصي أيضا فإن نذر المعصية موجب للكفارة في ظاهر المذهب ، وإن سلمنا فالفرق بينهما أن المشي لا يجب بالنذر بخلاف مسئلتنا ، وإذا استثنى في يمينه لم يكن مولى في قول الجميع لأنه لا يلزمه كفارة بالحنث فلم يكن الحنث موجبا لحق عليه وهذا إذا كانت اليمين بالله تعالى أو كانت يميناً مكفرة ، فأما الطلاق والعناق فمن جمل الاستثناء فيهما غير مؤثر فوجوده كعدمه ويكون مولى بهما سواء استثنى أو لم يستثن

(فصل) [الشرط الثاني] أن يحلف على ترك الوطء أكثر من أربعة أشهر وهذا قول ابن عباس وطاوس وسعيد بن جبير ومالك والاوزاعي والشافعي وأبي ثور وأبي عبيد ، وقيل عطاء ، والثوري وأصعاب الرأي إذا حلف على أربعة أشهر فما زاد كان مولى وحكى ذلك القاضي أبو الحسين رواية عن أحمد لأنه ممنوع من الوطء باليمين أربعة أشهر فكان مولى كما وحلف على ما زاد ، وقال النخعي رقتادة وحامد وابن أبي ليلى وإسحاق : من حلف على ترك الوطء في قليل من الاوقات أو كثير وتركها أربعة أشهر فهو مولى لقول الله تعالى (الذين يؤمنون من نساءهم تبص أربعة أشهر) وهذا قول فان الایلاء الحلف وهذا حالف

أو أوج ذكرى في فرجك ولا اقتضضتك للبكر خاصة فهذه صريحة لا يدين فيها لأنها لا تحتمل غير الایلاء .

(القسم الثاني) صريح في الحكم ويدين فيما بينه وبين الله تعالى وهي عشرة الفاظ لاوطئتكم ولا جامعتم ولا باضعتم ولا باعلتكم ولا باشرتكم ولا قربتكم ولا أصبتكم ولا أتيتكم ولا مسستكم ولا اغتسلت منك فهذه صريحة في الحكم لأنها تستعمل في العرف في الوطء وقد ورد القرآن ببعضها فقال سبحانه (ولا تقربوهن حتى يطهرن فإذا تطهرن فاتوهن) وقال (ولا تباشروهن وأنتم عاكفون في المساجد) وقال (من قبل أن تمسوهن) وأما الجماع والوطء فهما أشهر الالفاظ في الاستعمال فلو قال أردت بالوطء الوطء بالقدم وبالجماع اجتماع الاجسام وبالاصابة الاصابة باليد دين فيما بينه وبين الله تعالى ولم يقبل في الحكم لأنه خلاف الظاهر والعرف وقد اختلف قول الشافعي فيما عدا الوطء والجماع من هذه الالفاظ فقال في موضع ليس بصريح في الحكم لأنه حقيقة في غير الجماع وقال في لا باضعتك ليس بصريح لأنه يحتمل أن يكون انتقاء البضعتين البضعة من البدن بالبضعة منه فان النبي ﷺ قال « فاطمة بضعة مني »

ولنا أنه لم يمنع نفسه من الوطء باليمين أكثر من أربعة أشهر فلم يكن مولياً كما لو حلف على ترك قبلها ، والآية حجة لنا لأنه جعل له تربص أربعة أشهر فإذا حلف على أربعة أشهر أو مادونها فلا معنى لتربص لأن مدة الإيلاء تنقضي قبل ذلك ومع انقضائه ، وتقدير التربص بأربعة أشهر يقتضي كونه في مدة تناولها الإيلاء ، ولأن المطالبة إنما تكون بعد أربعة أشهر فإذا انقضت المدة بأربعة فما دون لم تصح المطالبة من غير إيلاء وأبر حنيفة ومن وافقه بنوا ذلك على تولم في الفينة أنها تكون في مدة الأربعة أشهر وظاهر الآية خلافه فإن الله تعالى قال (لذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فإن فاءوا) فعقب الفبي عقيب التربص بفاء التوقيب فيدل على تأخيرها عنه

إذا ثبت هذا فخبي عن ابن عباس أن المولي من يحلف على ترك الوطء أبداً أو مطلقاً لأنه إذا حلف على مادون ذلك أمكنه التخلص غير حنث لم يكن مولياً كما لو حلف لا واطئها في مدينة معينة بعينها ولنا أنه لا يمكنه التخلص بعد التربص من عيئه بغير حنث فأشبهه المطالبة بخلاف اليمين على مدينة معينة فإنه يمكن التخلص بغير الحنث ، ولأن الأربعة الأشهر مدة تضرر المرأة بتأخير الوطء عنها فإذا حلف على أكثر منها كان مولياً كالأبد . ودليل الوصف ماروي أن عمر رضي الله عنه كان بطرف ليلة في المدينة فسمع امرأة تقول

ولنا أنه مستعمل في الوطء عرفاً وقد ورد ببعضه القرآن والسنة فكان صريحاً كلفظ الوطء والجماع وكونه حقيقة في غير الجماع لا يبطل بلفظ الوطء والجماع وكذلك قوله فارتكبتك وسرحتك في الفاظ الطلاق فانهم قالوا هي صريحة في الفاظ الطلاق مع كونها حقيقة في غيره ، وأما قوله باضعتك فهو مشتق من البضع ولا يستعمل هذا اللفظ في غير الوطء فهو أولى أن يكون صريحاً من سائر الالفاظ لأنها تستعمل في غيره وبه قال أبو حنيفة

(القسم الثالث) مالا يكون مولياً فيها إلا بآنية وهو ما عدا هذه الالفاظ مما يحتمل الجماع كقوله والله لا يجمع رأبي ورأسك شيء لاساقف رأبي رأسك لاسوءك لا غيظتك لتطولن غيبي عنك لاس جلدك لا قربت فراشك لا آويت معك لانت عندك فهذه أن أراد بها الجماع واعترف بذلك كان مولياً والا فلا لأن هذه الالفاظ ليست ظاهرة في الجماع كظهور التي قبلها ولم يرد النص في استعمالها فيه إلا أن هذه الالفاظ منقسمة إلى ما يقتدر إلى نية الجماع والمدة معاً وهي قوله لاسوءك أو لا غيظتك أو لتطولن غيبي عنك فلا يكون مولياً حتى ينوي ترك الجماع في مدة تزيد على أربعة أشهر لأن غيظها يوجد بترك الجماع فيما دون ذلك وسائر الالفاظ يكون مولياً بنية الجماع فقط فإن قال والله لا أدخلت جميع ذكري في فرجك لم يكن مولياً لأن الوطء الذي تحصل به الفينة يحصل بدون إيلاج جميع الذكر فإن قال والله لا أولجت حشفتي في فرجك كان مولياً لأن الفينة لا تحصل بدون ذلك (الشرط الثاني) أن يحلف بالله أو بصفة من صفاته ، ولا خلاف بين أهل العلم في أن الحلف بذلك إيلاء .

تطاول هذا الليل وازور جانبه وليس الى جنبي خليل الأعبه
فوالله لولا الله لا شيء غيره لززع من هذا المرير جوانبه
مخافة ربي والحياء يكفني وأكرم بعلي أن تنال مصاحبه
فسأل عمر نساء: كم تصبر المرأة عن الزوج؟ فقلن شهرين وفي الثالث يقل الصبر وفي الرابع ينفد
الصبر فيكتب الى أمراء الاجناد ان لا تحبسوا رجلاً عن امرأته أكثر من أربعة أشهر
(فصل) وإذا عاق الایلاء بشرط مستحيل كتوله: والله لا وطئتك حتى تصعدني السماء أو
تقالي الحجر ذهباً أو يئيب الغراب فهو مول لان معنى ذلك ترك وطئها فان ما يراد احالة وجوده
يعلق على المستحيلات قال الله تعالى في الكفار (ولا يدخلون الجنة حتى يلج الجمل في سم الخياط)
ومعناه لا يدخلون الجنة أبداً ، وقال بعضهم

إذا شاب الغراب أنيت أهلي وصار القار كاللبن الحليب

وان قال والله لا وطئتك حتى تحب لي فهو مول لان حبها بغير وطء مستحيل عادة فهو كصعود
السماء ، وقال القاضي وأبو الخطاب وأصحاب الشافعي ليس بمول الا أن تكون صغيرة يغلب على الظن
أنها لا تحبل في أربعة أشهر أو آيسة فأما ان كانت من ذوات الاقراء فلا يكون مولاً لانها يمكن حملها ، قال
القاضي وإذا كانت الصغيرة بنت تسع سنين لم يكن مولاً لان حملها ممكن

(مسئلة) (فان حلف بنذر أو عتق أو طلاق لم يصر مولياً في الظاهر عنه وعنه يكون مولياً)
إذا حلف على ترك الوطء بغير اسم الله تعالى وصفة من صفاته مثل ان حلف بطلاق أو عتاق
أو صدقة المال أو الحج أو الظهار ففيه روايتان :
[احدهما] لا يكون مولياً وهو قول الشافعي اقدم

(والرواية الثانية) هو مول ، وروي عن ابن عباس أنه قال كل يمين منعت جهاها فهي إيلاء.
وبذلك قال الشعبي والنخعي ومالك وأهل الحجاز والثوري وأبو حنيفة وأهل العراق والشافعي وأبو
ثور وأبو عبيد وغيرهم لأنها يمين منعت جهاها فكانت إيلاء. كالحلف بالله تعالى ولان تعليق الطلاق
والعتاق حلف بدليل أنه لو قل متى حلفت بطلاقك فأنت طالق ، ثم قال ان وطئتك فأنت طالق
طاعت في الحال ، وقال أبو بكر كل يمين من حرام أو غيرها تجب بها كفارة يكون الحالف بها مولياً
وأما الطلاق والعتاق فليس الحلف به إيلاء لانه يتعلق به حق أدني وما أوجب كفارة تعلق به
حق الله تعالى .

(والرواية الأولى) هي المشهورة لان الایلاء المطلق إنما هو القسم ولهذا قرأ أبي وابن عباس
(يقسمون) بدل يؤلون وروي عن ابن عباس في تفسير (يؤلون) قال يحلفون بالله ذكره الامام أحمد والتعليق
بشرط ليس بقسم ولهذا لا يؤتى فيه بحرف القسم ولا يجاب بجوابه ولا ذكره أهل العربية في باب

ولنا أن الحمل بدون الوطء مستحيل عادة فيمكن تعليق اليمين عليه إيلاء كعود السماء ودليل استحالة قول حليم (أنى يكون لي غلام ولم يمسنني بشرو لم أك بغيا ؟) وقولهم (يا أخت هارون ما كان أبوك أمراً سوء وما كانت أمك بغيا) ولولا استحالة لما نسبوها إلى البغاء لوجود الولد وأيضاً قول عمر رضي الله عنه : الرجم حق على من زنا وقد أحصن إذا قامت به البيئة أو كان الحمل أو الاعتراف ولأن العادة أن الحمل لا يوجد من غير وطء فإن قالوا يمكن حبها من وطء الغير أو باستدخال منيه قلنا أما الأول فلا يصح فإنه لو صرح به فقال لا وطئت حتى تحبلي من غيري أو ما دمت في نكاحي أو حتى تزني كان مولياً ، ولو صح ما ذكره لم يكن مولياً ، وأما الثاني فهو من المستحيلات عادة أن وجد كان من خوارق العادات بدليل ما ذكرناه وقد قال أهل الطب إن المني إذا برد لم يخلق منه ولد وصحح قولهم قيام الأدلة التي ذكرنا بعضها وجريان العادة على وفق ما قالوه وإذا كان تعليقه على موته أو موتها أو موت زيد إيلاء فتعليقه على حبها بغير وطء أولى ، وإن قال أردت بقولي حتى تحبلي السببية ولم أرد الغاية ومعناه لأطوك لتحبلي قبل منه وام يكن مولياً لأنه ليس بحالف على ترك الوطء وإنما هو حالف على قصد ترك الحمل به فإن حتى تستعمل بمعنى السببية

(فصل) وإن علمه على غير مستحيل فذلك على خمسة أضرب (أحدها) ما يلزم أنه لا يوجد قبل أربعة أشهر كقيام الساعة فإن لها علامات تسبقها فلا يوجد ذلك في أربعة أشهر ، وكذلك إن قال حتى تأتي الهند أو نحوه فهذا مول لأن يمينه على أكثر من أربعة أشهر

القسم فلا يكون إيلاء وإنما يسمى حلفاً تجوزاً لمشاركته القسم في المعنى المشهور فيه وهو الحث على الفعل أو المنع منه أو تأكيد الخبر والسكلام عند إطلاقه لحقيقته وبدل على هذا قول الله تعالى (فإن قاموا فإن الله غفور رحيم) وإنما يدخل الغفران في اليمين بالله وأيضاً قول النبي ﷺ أن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم متفق عليه وإن سلمنا أن غير القسم حلف لكن الحالف باطلاقة إنما ينصرف إلى القسم وإنما ينصرف إلى غيره بدليل ، ولا خلاف في أن القسم بغير الله وصفاته لا يكون إيلاء لأنه لا يوجب كفارة ولا شيئاً يمنع من الوطء فلا يكون إيلاء كالحلف بغير قسم وإذا قلنا بالرواية الثانية فلا يكون مولياً إلا أن يحلف بما يلزمه بالحنث فيه حق كقوله إن وطئتك فعبدي حر أو فأنت طالق أو فأنت علي كظاهر أمي أو فأنت حرام أو فله علي صوم سنة أو الحج أو صدقة فهذا يكون إيلاء لأنه يلزمه بوطئها حق يمنع من وطئها خوفه من وجوبه

(مسألة) (وإن قال إن وطئتك فأنت زانية أو فله علي صوم هذا الشهر لم يكن مولياً لأنه لو وطئها لم يلزمه حق ولا بصير قاذفا بالوطء لأن القذف لا يتعلق بالشرط ولا يجوز أن نصير زانية بوطء لها كما لا يصير زانية بطلوع الشمس ، وأما قوله إن وطئتك فله علي صوم هذا الشهر لم يكن مولياً لأنه لو وطئها بعد مضيه لم يلزمه حق فإن صوم هذا الشهر لا يتصور بعد مضيه بعضه فلا يلزم بالقدر

(الثاني) ما الغالب أنه لا يوجد في أربعة أشهر كخروج الدجال والدابة وغيرها من أشراط الساعة أو يقول حتى أموت أو تموتي أو يموت ولدك أو زيد أو حتى يقدم زيد من مكة والعادة أنه لا يقدم في أربعة أشهر فيكون موليا لأن الغالب أن ذلك لا يوجد في أربعة أشهر فأشبهه ما لو قال والله لاوطئتك في نكاحي هذا وكذلك لو علم الطلاق على مرضها أو مرض إنسان بعينه

(الثالث) أن يعلقه على أمر يحتمل الوجود في أربعة أشهر ويحتمل أن لا يوجد احتمالا متساويا كقدوم زيد من سفر قريب أو من سفر لا يعلم قدره فهذا ليس بابلء لأنه لا يعلم حلفه على أكثر من أربعة أشهر ولا يظن ذلك

(الرابع) أن يعلقه على ما يعلم أنه يوجد في أقل من أربعة أشهر أو يظن ذلك كذبول بقل وجفاف ثوب ومجي المطر في أوانه وقدم الحاج في زمانه فهذا لا يكون موليا لما ذكرناه ولا نعلم قصد الاضرار بنرك وطعها أكثر من أربعة أشهر فأشبهه ما لو قال والله لاوطئتك شهرا

(الخامس) أن يعلقه على فعل منها هي قادرة عليه أو فعل من غيرها وذلك ينقسم أقسامًا ثلاثة (أحدها) أن يعلقه على فعل مباح لا مشقة فيه كقوله والله لا أطوك حتى ندخلي الدار أو تلبسي هذا الثوب أو حتى أتغفل بصوم يوم أو حتى أكسوك فهذا ليس بابلء لأنه ممكن الوجود بغیر ضرر عليها فيه فأشبهه الذي قبله (والثاني) أن يعلقه على محرم كقوله والله لا أطوك حتى تشربني الخمر أو زني أو

كما لو قال ان وطئتك فله علي صوم أمس فلو قال ان وطئتك فله علي أن أصلي عشرين ركعة كان موليا وقال أبو حنيفة لا يكون موليا لأن الصلاة لا تتعلق بها مال ولا تتعلق بمال فلا يكون الحالف بها موليا كما لو قال ان وطئتك فله علي أن أمشي في السوق

ولنا أن الصلاة تجب بالنذر فكان الحالف بها موليا كالصوم والحج وما ذكره لا يصح فإن الصلاة تحتاج إلى الماء والسترة ، وأما المشي في السوق فقياس المذهب على هذه الرواية أنه يكون موليا لأنه يلزمه بالحنث في هذا النذر أحد شيئين إما الكفارة وإما المشي فقد صار الحنث موجبا لحق عليه فعلى هذا يكون موليا بنذر فعل المباحات والمعاصي فإن نذر المعصية موجب للكفارة في ظاهر المذهب وإن سلمنا فالفرق بينهما أن المشي لا يجب بالنذر بخلاف مسئلتنا وإذا استثنى في يمينه لم يكن موليا في قول الجميع لأنه لا يلزمه كفارة بالحنث فلم يكن الحنث موجبا لحق عليه وهذا إذا كانت اليمين بالله تعالى أو كانت يمينًا مكفرة فأما الطلاق والعتاق فمن جمل الاستثناء فيهما غير مؤثر فوجوده كعدمه ويكون موليا بهما سواء استثنى أو لم يستثن (الشرط الثالث) أن يحلف على أكثر من أربعة أشهر وهذا قول ابن عباس وسعيد بن جبير وطاوس ومالك والاوزاعي والشافعي وأبي ثور وأبي عبيد وقال عطاء والثوري وأصحاب الرأي إذا حلف على أربعة أشهر فما زاد كان موليا وحكى ذلك القاضي أبو الحسين رواية عن أحمد لأنه تمتنع عن الوطء باليمين أربعة أشهر فكان موليا كما لو حلف على

تسقطي ولدك أو تتركي صلاة الغرض أو حتى أقتل زيدا أو نحو هذا ايلا. لانه علقه بمتنع شرعا فأشبهه الممتنع حسا (الثالث) أن يعاقبه على ما على فاعله فيه مضرة مثل أن يقول والله لا أطوك حتى تسقطي صداقتك عني أو دينك أو حتى تكفلي ولدي أو تبيني دارك أو حتى يبيعي أبرك داره أو نحو ذلك فهذا ايلا. لان أخذه لما لها أو مال غيرها عن غير رضا صاحبه محرم فجرى مجرى شرب الخمر، وإن قال والله لا أطوك حتى أعطيك مالا أو أفعل في حقك جميلا لم يكن ايلا. لان فعله لذلك ليس بمحرم ولا ممتنع فجرى مجرى قوله حتى أصوم يوما

(فصل) وإن قال والله لا وطئتك إلا برضاك لم يكن موليا لانه يمكنه وطؤها بغير حنث ولانه محسن في كونه لزم نفسه اجتناب سخطها، وعلى قياس ذلك كل حال يمكنه الوطء فيها بغير حنث كقوله والله لا وطئتكم مكرهة أو محزونة ونحو ذلك فانه لا يكون موليا، وإن قال والله لا وطئتكم مريضه لم يكن موليا لذلك إلا أن يكون بها مريض لا يرجى برؤه أو لا يزول في أربعة أشهر فلينبني أن يكون موليا لانه حالف على ترك وطئها أربعة أشهر فإن قال ذلك لها وهي صحيحة فرضت مرضا يمكن برؤه قبل أربعة أشهر لم يصير موليا وإن لم يبرج برؤه فيها صار موليا، وكذلك ان كان الغالب أنه لا يزول في أربعة أشهر صار موليا لان ذلك بمنزلة مالا يرجى زواله، وإن قال والله لا وطئتكم

ما زاد وقال النخعي وقتادة وحماد وابن أبي ليلى واسحاق من حلف على ترك الوطء في قليل من الاوقات أو كثير فتركها أربعة أشهر فهو مول لقول الله تعالى (للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر) وهذا مول لان الايلاء الحلف وهذا حالف

ولنا أنه لم يمنع نفسه من الوطء باليمين أكثر من أربعة أشهر إذا حلف على أربعة فادونها لا معنى للتربص لان مدة الايلاء تنقضي قبل ذلك أو مع انقضائه وتقدير التربص بأربعة أشهر يقتضي كونه في مدة تناوها الايلاء ولان المطالبة انما تكون بعد أربعة أشهر فإذا انقضت المدة بأربعة فما دون لم تصح المطالبة من غير ايلاء وأبو حنيفة ومن وافقه بنوا ذلك على قولهم في العنة إنها تكون في مدة أربعة أشهر وظاهر الآية خلافه فان الله تعالى قال (للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فان فاءوا) فعقب الفية عقيب التربص بفاء التعقيب فيدل على تأخرها عنه اذا ثبت هذا فقد حكى عن ابن عباس أن المؤلي من يحلف على ترك الوطء ابدا أو مطلقا لانه اذا حلف على مادون ذلك أمكنه التخلص بغير الحنث فلم يكن موليا كما لو حلف لاوطئها في مدينة بعينها

ولنا أنه لا يمكنه التخلص بعد التربص من يمينه بغير حنث فأشبهه المطلقة بخلاف اليمين على مدينة معينة فانه يمكن التخلص بغير الحنث ولان الاربعة الاشهر مدة تتضرر المرأة بتأخير الوطء عنها فإذا حلف على أكثر منها كان موليا كالابد ودليل الوصف ما روي أن عمر رضي الله عنه كان يطوف ليلة في المدينة فسمع امرأة تقول:

حائضاً ولا نساء ولا محرمة ولا صائبة ونحو هذا لم يكن موطئاً لأن ذلك محرم ممنوع منه شرعاً فقد كد منع نفسه منه يمينه وإن قال والله لا رطئت طاهرراً أولاً وطئتكم وطئاً مبساحاً صار موطئاً لأنه حالف على ترك الوطء الذي يطأ به في الغيبة فكان موطئاً كما لو قال والله لا رطئتكم في قبلك، وإن قال والله لا رطئتكم ليلاً أو والله لا رطئتكم نهاراً لم يكن موطئاً لأن الوطء يمكن بدون الحنث، وإن قال والله لا رطئتكم في هذه البلدة أو في هذا البيت أو نحو ذلك من الأماكن المعينة لم يكن موطئاً، وهذا قول الثوري والأوزاعي والشافعي والنعمان وصاحبيه، وقال ابن أبي ليلى وإسحاق هو موطئ لأنه حالف على ترك وطئها وإذا إنه يمكن وطؤها بغير حنث فلم يكن موطئاً كما لو استثنى في يمينه

(فصل) إن حلف على ترك وطئها عاماً ثم كفر عن يمينه أنحل الأيلاء، قال الأثرم قيل لابي عبد الله المولي يكفر عن يمينه قبل مضي الأربعة الأشهر؟ قال يذهب عنه الأيلاء ولا يوقف بعد الأربعة وذهب الأيلاء حين ذمبت اليمين وذلك لأنه لم يبق ممرعاً من الوطء يمينه فأشبهه من حلف واستثنى فإن كان تكفيره قبل مضي الأربعة لأشهر أنحل الأيلاء حين التكفير وصار كالحالف على ترك الوطء أقل من أربعة أشهر، وإن كفر بعد الأربعة وقبل الوقوف صار كالحالف على أكثر منها إذا مضت مدة يمينه قبل وقته

تطاول هذا الليل وأزور جانبه وليس لي جنبي خليل الأعبه
فوالله لولا الله لأرب غيره لزعزع من هذا السرير جوانبه
مخافة ربي والحياء يكفيني وأكرام بعلي أن تنال مراكمه

فسأل عمر نساء كم تصبر المرأة عن الزوج؟ فقلن شهرين وفي الثالث يقل الصبر وفي الرابع ينقذ الصبر فكتب إلى أمراء الأجناد أن لا يجلسوا رجلاً عن امرأته أكثر من أربعة أشهر

(فصل) إذا علق الأيلاء بشرط مستحيل كقوله والله لا رطئتكم حتى تصعدي السماء أو تقبلي الحجر ذهباً أو يشيب الغراب فهو مؤل لأن معنى ذلك ترك وطئها ما يراد إحالة وجوده يعلق على المستحيلات قال الله تعالى في النصارى (ولا يدخلون الجنة حتى يلج الجمل في سم الخياط) معناه لا يدخلون الجنة أبداً. وقال بعضهم

إذا شاب الغراب أنيت أهلي وصار انقار كالبن الحاميب

(مسألة) (أو يلقه على شرط يغلب على الظن أنه لا يوجد في أقل من أربعة أشهر)

قوله والله لا رطئتكم حتى ينزل عيسى بن مريم أو يخرج الدجال أو الدابة أو غير ذلك من اشراط الساعة أو ماعشت أو حتى أموت أو نموت أو يموت ولدك أو يزيد أو حتى يقدم زيد من مكة والعادة أنه لا يقدم في أربعة أشهر فانه يكون موطئاً فإن الغالب أن ذلك لا يوجد في أربعة أشهر فأشبهه ما لو قال والله لا رطئتكم في نكاحي هذا وكذلك لو علق الطلاق على مرضها أو مرض يمينه، وإن قال والله لا رطئتكم

(فصل) فان قال والله لاوطنتك ان شاء فلان لم يصير موليا حتى يشاء فاذا صار موليا وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي لانه يصير ممتنعا من الوطء حتى يشاء فلا يكون موليا حتى يشاء ، وإن قال والله لاوطنتك ان شئت فكذلك ، وقال أصحاب الشافعي ان شئت على الفور جوابا لكلامه صار موليا ، وإن أخرت المشيئة انقضت يمينه لان ذلك تخيير لها فكان على الفور كقوله اختاري في الطلاق

ولنا أنه علق اليمين على المشيئة بحرف إن فكان على التراخي كمشيئة غيرها فان قيل فملا قلتم لا يكون موليا فانه علق ذلك بإرادتها فأشبهه ما لو قال لاوطنتك إلا برضاك؟ قلنا الفرق بينهما أنها اذا شئت انقضت يمينه مائة من وطئها بحيث لا يمكنه بعد ذلك الوطء بغير حنث ، واذا قال والله لاوطنتك إلا برضاك فما حلف إلا على ترك وطئها في بعض الاحوال وهو حال سخطها فيمكنه الوطء في الحال الاخرى بغير حنث واذا طالبته بالغيبة فهو برضاها ، ولو قل والله لاوطنتك حتى تشائي فهو كقوله إلا برضاك ولا يكون موليا بذلك ، وإن قال والله لاوطنتك إلا أن يشاء أبوك أو فلان لم يكن موليا

إلى قيام الساعة أو حتى آتي الهند أو نحوه فهو مؤل لانه معلوم أنه لا يوجد ذلك في أربعة أشهر لان قيام الساعة له علامات تسبقه فقد علم أنه لا يرجد في المدة المذكورة
﴿ مسألة ﴾ (وان قال والله لاوطنتك حتى تحبلي فهو مؤل)

لان حملها من غير وطء مستحيل عادة فهو كصعود السماء ، وقال القاضي وأبو الخطاب وأصحاب الشافعي ليس بمؤل إلا أن تكون صغيرة يغلب على الظن انها لا تحمل في أربعة أشهر أو تكون آيسة فاما ان كانت من ذوات الاقراء لم يكن مؤليا لان حملها ممكن

ولما أن الحمل بدين الوطء مستحيل عادة فكان تعليق اليمين عليه إيلا كصعود السماء ، ودليل استحقاقه قول صريح (أني يكون لي ولد ولم يمسنني بشر ولم يك بغيا ؟) ولولا استحقاقه لما نسبت نفسها إلى البغاء لو جرد الولد وأبضا قول عمر رضي الله عنه : الرجم حق على من زنى وقد أحصن إذا قامت به البينة أو كان الحمل أو الاعتراف ولان العادة أن الحمل لا يوجد من غير الوطء فان قالوا يمكن حملها من وطء غيره أو باستدخال منيه قلنا أما الاول فلا فانه لو صرح به فقال لاوطنتك حتى تحبلي من غيري أو مادمت في نكاحي أو حتى تزني كان مؤليا ولو صرح ماذ كروه لم يكن مؤليا

وأما الثاني فهو من المستحيلات عادة ان وجد كان من خوارق العادات بدليل ماذ كراهه ، وقد قال أهل الطب ان المني اذا برد لم يخلق منه ولد وصحح قولهم قيام الادلة التي ذكرنا بعضها وجريان العادة على وفق ما قالوه واذا كان تعليقها على موتها أو موتة إيلاء فتعلقه على حياتها من غير وطء أولى فان قال أرت بقولي حتى تحبلي السببية ولم أرد الغاية ومعناه لأطوئك انعم لي قبل منه ولم يكن مؤليا لانه ليس بحالف على ترك الوطء وانما حلف على ترك قصد الحمل به فان حتى تستعمل بمعنى السببية

لأنه علته بفعل منه يمكن وجوده في الأربعة أشهر إمكنا غير بعيد وليس بمحرم ولا فيه مضرة فأشبهه ما لو قال والله لا وطنيتك إلا أن تدخلني الدار وإن قال والله لا وطنيتك إلا أن تشائي لم يكن موليا وكان بمنزلة قوله إلا برضاك أو حتى تشائي ، وقال أبو الخطاب إن شئت في المجلس لم يصرم موليا وإلا صار موليا ، وقال أصحاب الشافعي إن شئت على الفور عقيب كلامه لم يصرم موليا وإلا صار موليا لأن المشيئة عندهم على الفور وقد فانت بتراخيها ، وقال القاضي تنعقد يمينه فإن شئت أنجات وإلا فهي منعقدة ولنا أنه منع نفسه بيمينه من وطئها لا عند إرادتها فأشبهه ما لو قال إلا برضاك أو حتى تشائي ولأنه علته على وجود المشيئة أشبه ما لو علته على مشيئة غيرها ، فأما قول القاضي فإن أراد وجود المشيئة على الفور فهو كفولهم ، وإن أراد وجود المشيئة على التراخي تنحل به ليمين لم يكن ذلك إيلاء لأن تليق اليمين على فعل يمكن وجوده في مدة الأربعة الأشهر إمكنا غير بعيد ليس بإيلاء والله أعلم

(فصل) فإن قال والله لا وطنيتك فهو إيلاء لأنه قول يقتضي التأيد ، وإن قال والله لا وطنيتك مدة أو ليطلقن تركي لجماعتك ونوى مدة تزيد على أكثر من أربعة أشهر فهو إيلاء لأن اللفظ يحتمله فانصرف إليه بنية ، وإن نوى مدة قصيرة لم يكن إيلاء لذلك وإن لم ينو شيئا لم يكن إيلاء لأنه يقع على الليل والكثير فلا يدين للكثير ، إن قال والله لا وطنيتك أربعة أشهر فإذا مضت فوالله لا وطنيتك أربعة أشهر أو فإذا مضت فوالله لا وطنيتك شهرين أو لا وطنيتك شهرين فإذا مضت فوالله لا وطنيتك أربعة أشهر ففيه رجحان

(مسألة) (وإن قال والله لا وطنيتك مدة أو ليطلقن تركي لجماعتك لم يكن موليا حتى ينوي أكثر من أربعة أشهر)

لأن ذلك يقع على القليل والكثير فلا يصير موليا به فإن نوى أكثر من أربعة أشهر صار موليا (مسألة) (وإن حلف على ترك الوطء حتى يتدمر بدأ ونحوه مما لا يغلب على الظن عدمه في أربعة أشهر أو لا وطنيتك في هذه البلدة لم يكن موليا)

لأنه لا يعلم قدره فهذا ليس بإيلاء لكونه لا يعلم حلفه على أكثر من أربعة أشهر ولأنه يمكنه وطؤها في غير البلدة المحلوف عليها وهذا قول الثوري والأوزاعي والشافعي وأبي حنيفة وصاحبيه وقال ابن أبي ليلى وإسحاق هو مول لأنه حالف على ترك وطئها

ولنا أنه يمكن وطؤها بغير حنث فلم يكن موليا كما أو استثنى في يمينه ، فإن علته على ما يعلم أنه يوجد في أقل من أربعة أشهر أو يظن ذلك كذبول بقل وجفاف ثوب ونزول المطر في أو أنه وقدم الحاج في زمانه فهذا لا يكون موليا لما ذكرناه ، ولأنه لم يقصد الانصرار بترك وطئها أكثر من أربعة أشهر أشبه ما لو قال والله لا وطنيتك شهرا

(فصل) فإن علته على فعل منها هي قادرة عليه أو فعل من غيرها فهو منقسم ثلاثة أقسام (المغني والشرح الكبير) (٦٥) (الجزء الثامن)

(أحدهما) ليس بمول لانه حالف بكل يمين على مدة ناقصة عن مدة الإيلاء فلم يكن موليا كالمول لم ينو الا مدتهما ولانه يمكنه الوطء بالنسبة الى كل يمين عقيب مدتها من غير حنث فيها فأشبهه ما لو اقتصر عليها .

(والثاني) يصير موليا لانه منع نفسه من الوطء بيمينه أكثر من أربعة أشهر متوالية فكان موليا كما لو منعها بيمين واحدة ، ولانه لا يمكنه الوطء بعد المدة إلا بحنث في يمينه فأشبهه ما لو حلف على ذلك بيمين واحدة ولو لم يكن هذا إيلاء أفضى الى أن يمنع من الوطء طول دهره باليمين فلا يكون موليا وهكذا الحكم في كل مدتين متواليين يزيد مجزعهما على أربعة كثلثة أشهر وثلثة أو ثلاثة وشهرين لما ذكرنا من التعليلين والله أعلم

(فصل) فان قال ان وطئتك فوالله لاوطئتك لم يكن موليا في الحال لانه لا يلزمه بالوطء حق لكن ان وطئها صار موليا لانها تبقى بيمين تمنع الوطء على التأييد وهذا الصحيح عن الشافعي وحكي عنه قول قديم أنه يكون موليا من الاول لانه لا يمكنه الوطء الا بان يصير موليا فيلحقه بالوطء ضرر وكذلك على هذا القول ان قال وطئتك فوالله لا دخلت لدار لم يكن^(١) موليا من الاول فان وطئها انحل الإيلاء لانه لم يبق متمسكا من وطئها بيمين ولا غيرها وإنما بقي متمسكا باليمين من دخول الدار ولما أن يمينه معلقة بشرط ففيما قبله ليس بحالف فلا يكون موليا ولانه يمكنه الوطء من غير

(١) في نسخة

يكون موليا

(أحدهما) أن يلقه على فعل مباح لامشقة فيه كقوله والله لا أطوك حتى تدخلني الدار أو تلبسني هذا الثوب أو حتى أتفعل بصوم يوم أو حتى أكسوك ، فهذا ليس بإيلاء لانه ممكن الوجود بغير ضرر عليها فيه

(الثاني) أن يلقه على محرم كقوله والله لا أطوك حتى تشربني الخمر أو تزني أو تسقطي ولدك أو تترك صلاة الفرض أو حتى أقتل زيدا ونحوه فهذا إيلاء لانه علقه على ممتنع شرعا فأشبهه الممتنع حسا (الثالث) أن يلقه على ما على فاعله فيه مضر كقوله والله لا أطوك حتى تسقطي صداقك أو جنينك أو حتى تكفلي ولدي أو حتى تهيني دارك أو حتى يبيعني أبوك داره أو نحو ذلك فهذا إيلاء لان أخذه لما لها أو مال غيرها عن غير رضى صاحبه محرم فجري مجرى شرب الخمر فان قال والله لا أطوك حتى أعطيك مالا أو أفعل في حقك جيلا لم يكن إيلاء لان فعله ذلك ليس بمحرم ولا ممتنع فجري مجرى قوله حتى أصوم يوما .

(فصل) فان قال والله لاوطئتك الا برضاك لم يكن موليا لامكان وطئها بغير حنث ولانه محسن في كونه ألزم نفسه اجتناب سخطها ، وعلى قياس ذلك كل حال يمكنه الوطء فيها بغير حنث كقوله والله لاوطئتك مكرهة أو محزونة ونحو ذلك فان قال والله لاوطئتك مريضة لم يكن موليا لا أن يكون بها مرض لا يرجى برؤه أولا يزول في أربعة أشهر فينبغي أن يكون موليا لانه حالف على ترك وطئها أربعة أشهر

حنت فلم يكن موليا كما لو لم يقل شيئا وكونه يصير موليا لا يلزمه به شيء وإنما يلزمه بالحنث ولو قال والله لا وطئتك في السنة إلا مرة لم يصير موليا في الحال لأنه يمكنه الوطء متى شاء. بغير حنت فلم يكن ممنوعا من الوطء بحكم يمينه فإذا وطئها رقد بقي من السنة أكثر من أربعة أشهر صار موليا وهذا قول أبي ثور وأصحاب الرأي، وظاهر مذهب الشافعي في قوله القديم يكون موليا في الابتداء لما ذكرنا في التي قبلها وقد أجبنا عنه، وإن قال والله لا وطئتك سنة إلا يوما فكذلك وبهذا قال أبو حنيفة لأن اليوم منكرو فلم يختص يوما دون يوم ولذلك لو قال: صمت رمضان إلا يوما لم يختص اليوم الآخر ولو قال لا أكلمك في السنة إلا يوما لم يختص يوما منها

وفيه وجه آخر أنه يصير موليا في الحال وهو قول زفر لأن اليوم المستثنى يكون من آخر المدة كالنأجيل ومدة الخيار بخلاف قوله لا وطئتك في السنة إلا مرة فإن المرة لا تختص وقتا بعينه، ومن نصر الأول فرق بين هذا وبين التأجيل ومدة الخيار من حيث أن التأجيل ومدة الخيار تجب الموالاة فيها ولا يجوز أن يتخللها يوم لا أجل فيه ولا خيار لأنه لو جازت له المطالبة في أثناء الأجل لزم قضاء الدين فيسقط التأجيل بالكلية ولو لزم العتد في أثناء مدة الخيار لم يعد إلى الجواز فتعين جعل اليوم المستثنى من آخر المدة بخلاف مانحن فيه فإن جواز الوطء في يوم من أول السنة أو أوسطها لا يمنع ثبوت حكم اليمين فيما بقي من المدة فصار ذلك كقوله لا وطئتك في السنة إلا مرة والله أعلم

فإن قال ذلك لها وهي صحيحة فرضت مرضا يمكن برؤه قبل أربعة أشهر لم يصير موليا وإن لم يرج برؤه فيها صار موليا، وكذلك إن كان الغالب أنه لا يزول في أربعة أشهر لأن ذلك بمنزلة مالا يرجى زواله وإن قال والله لا وطئتك حائضا أو نفساء أو محرمة أو صائمة فرضا لم يكن موليا لأن ذلك ممنوع منه شرعا فقد آكد منع نفسه بيمينه، وإن قال والله لا وطئتك طاهرا أو لا وطئتك وطأ مباحا صار موليا لأنه حالف على ترك الوطء الذي يطالب به في الغيبة فكأن موليا كما لو قال والله لا وطئتك في قبلك وإن قال والله لا وطئتك أبلا أو والله لا وطئتك نهرا لم يكن موليا لأن الوطء ممكن بدون الحنث

(مسئلة) (وإن قال إن وطئتك فوالله لا وطئتك وإن دخلت الدار فوالله لا وطئتك لم يكن موليا في الحال لأنه لا يلزمه بالوطء حتى يسكن أو وطئها أو دخلت الدار صار موليا) لأنها تبقى يميننا تمنع الوطء على التأيد وهذا الصحيح عن الشافعي ويحتمل أن يكون موليا، وحكي عنه قول قديم أنه يكون موليا من الأول لأنه لا يمكنه الوطء إلا أن يصير موليا فيلحقه بالوطء ضرر ولأنه علقه على شيء إذا وجد صار موليا فيصير موليا في الحال كذلك ههنا

ولنا أن يمينه معقدة على شرط ففيما قبله ليس بحالف فلا يكون موليا ولأنه يمكنه الوطء من غير حنت فلم يكن موليا كما لو لم يقل شيئا

(فصل) فان قال والله لا وطنتك عاما ثم قال والله لا وطنتك عاما فهو ايلاء واحد حلف عليه يمينين إلا أن ينوي عاما آخر سواء ، وان قال والله لا وطنتك عاما ثم قال والله لا وطنتك نصف عام أو قال والله لا وطنتك نصف عام ثم قال والله لا وطنتك عاما دخلت المدة القصيرة في الطويلة لانها بعضها ولم يجعل إحداها بعد الاخرى فأشبه ما لو أقر بدرم ثم أقر بنصف درهم أو أقر بنصف درهم ثم أقر بدرم فيكون ايلاء واحد لهما وقت واحد وكفارة واحدة ، وان نوى باحدى المدينتين غير الاخرى في هذه أو في التي قبلها أو قال والله لا وطنتك عاما ثم والله لا وطنتك عاما آخر أو نصف عام آخر أو قال والله لا وطنتك عاما فاذا مضى فوالله لا وطنتك عاما فيها ايلاءان في زمانين لا يدخل حكم أحدهما في الآخر أحدهما منجز والآخر متأخر فاذا مضى حكم أحدهما بقي حكم الآخر لانه أفرد كل واحد منهما بزمان غير زمن صاحبه فيكون له حكم يفرد به .

فان قال في المحرم والله لا وطنتك هذا العام ثم قال والله لا وطنتك عاما من رجب الى تمام اثني عشر شهراً أو قال في المحرم والله لا وطنتك عاما ثم قال في رجب والله لا وطنتك عاما فيها ايلاءان في مدينتين بعض إحداها داخل في الاخرى فان فاء في رجب أو فاء بعده من بقية العام الاول حنث في اليمينين وتجزئه كفارة واحدة وينقطع حكم الايلاءين وان فاء قبل رجب أو بعد العام الاول حنث في إحدى اليمينين دون الاخرى وان فاء في الموضعين حنث في اليمينين وعليه كفارتان

(مسألة) (وان قال والله لا وطنتك في السنة الا مرة لم يصير موليا في الحال)

لانه يمكنه الوطء بغير حنث فلم يكن ممنوعا من الوطء بحكم يمينه فان وطئها وقد بقي من السنة أكثر من أربعة أشهر صار موليا وهذا قول أبي ثور وأصحاب الرأي وظاهر مذهب الشافعي وقول الشافعي في القديم يكون موليا في الحال لانه لا يمكنه الوطء الا بأن يصير موليا فيلحقه بالوطء ضرر ولنا أن يمينه معلقة بالاصابة قبلها لا يكون حالها لانه لا يلزمه بالوطء شيء . وكونه يصير موليا لا يلزمه به شيء . انما يلزمه بالحنث ، وقوله لا يمكنه الوطء الا بأن يصير موليا ممنوع فيها إذا لم يطق إلا وقد بقي من السنة أربعة أشهر فنادون

(مسألة) (وان قال والله لا وطنتك في السنة إلا يوما فكذلك في أحد الوجهين)

وهو قول أبي حنيفة لان اليوم منكر فلم يختص يوما دون يوم وكذلك لو قال صمت رمضان إلا يوما لم يختص اليوم الآخر ، وكذلك لو قال لا أكلتك في السنة إلا يوما لم يختص يوما منها ، وفيه وجه آخر أنه يصير موليا في الحال لان اليوم المستثنى يكون من آخر المدة كال تأجيل ، ومدة الخيار بخلاف قوله لا وطنتك في السنة إلا مرة فان المرة لا تختص وقتا بعينه ، ومن نصر الاول فرق بين هذا وبين التأجيل ومدة الخيار من حيث أن التأجيل ومدة الخيار تجب الموالاة فيهما ولا يجوز أن يتخلاها يوم لا أجل فيه ولا خيار لانه لو جازت له المطالبة لزم قضاء الدين فيسقط التأجيل

(فصل) فان قال لأربع نسوة والله لا أقر بكن انبني ذلك على أصل وهو الحنث بفعل بعض المحلوف عليه أولاً ، فان قلنا يحنث فهو مول منهن كلهن في الحال لانه لا يمكنه وطء واحدة بغير حنث فصار مانعاً لنفسه من وطء كل واحدة منهن في الحال ، فان وطئ واحدة منهن حنث وانحلت يمينه وزال الايلاء من البواقي ، وان طلق بعضهم أو مات لم ينحل الايلاء في البواقي وان قلنا لا يحنث بفعل البعض لم يكن مولياً منهن في الحال لانه يمكنه وطء كل واحدة منهن من غير حنث فلم يمنع نفسه يمينه من وطئها فلم يكن مولياً منها ، فان وطئ ثلاثاً صار مولياً من الرابعة لانه لا يمكنه وطؤها من غير حنث في يمينه ، وان مات بعضهم أو طأها انحلت يمينه وزال الايلاء لانه لا يحنث بوطئهم وانما يحنث بوطء الأربع فان راجع المطلقه أو تزوجها بعد بينوثتها عاد حكم يمينه ، وذكر القاضي أنا اذا قلنا يحنث بفعل البعض فوطئ واحدة حنث ولم ينحل الايلاء في البواقي لان الايلاء من امرأة لا ينحل بوطء غيرها

ولنا أنها يمين واحدة حنث فيها فوجب أن تنحل كسائر الايمان ولانه إذا وطئ واحدة حنث ولزمته الكفارة فلا يلزمه بوطء الباقيات شيء فلم يبق ممتنعاً من وطئهم بحكم يمينه فانحل الايلاء كما لو كفرها ، واختاف أصحاب الشافعي فقال بعضهم لا يكون مولياً منهن حتى يطأ ثلاثاً فيصير مولياً من

بالكلية ولو لزم العقد في أثناء مدة الخيار لم يعد إلى الجواز فتعين جعل اليوم المستثنى من آخر المدة بخلاف ما نحن فيه فان جواز الوطء في يوم من أول السنة أو أوسطها لا يمنع حكم اليمين فيما بقي منها فصار كقولهم لا وطئتكم في السنة إلا مرة

(فصل) فان قال والله لا وطئتكم عاماً ثم قال والله لا وطئتكم عاماً فهو إيلاء واحد حلف عليه يمينين الا أن ينوي عاماً آخر سواء ، فان قال والله لا وطئتكم عاماً ثم قال والله لا وطئتكم نصف عام أو قال والله لا وطئتكم نصف عام ثم قال والله لا وطئتكم عاماً دخلت المدة القصيرة في الطويلة لأنها بعضها ولم يجعل إحداها بعد الاخرى فأشبهه ما لو أقر بدرهم لرجل ثم أقر له بنصف درهم أو أقر بنصف درهم ثم بدرهم فيكون إيلاء واحد لها وقت واحد وكفارة واحدة ، وان نوى باحدى المدينتين غير الاخرى في هذه أو في التي قبلها أو قال والله لا وطئتكم عاماً فإذا مضى فوالله لا وطئتكم عاماً فهذا إيلاً آن في زمانين لا يدخل حكم أحدهما في الآخر ، أحدهما منجز والاخر متأخر فإذا مضى حكم أحدهما بقي حكم الآخر لانه أفرد كل واحد منهما بزمان غير زمن صاحبه فيكون له حكم ينفرده ، فان قال في المحرم والله لا وطئتكم هذا العام ثم قال في رجب والله لا وطئتكم عاماً فهذا إيلاً آن في مدينتين بعض إحداها داخل في الاخرى فان قال في رجب وفيها بعده من بقية العام الاول حنث في اليمينين ويجزئه كفارة واحدة وينقطع حكم الايلاءين وان قال قبل رجب أو بعد العام الاول حنث في إحدى اليمينين دون الاخرى ، وان قال في الموضوعين حنث في اليمينين وعليه كفارتان

الرابعة ، وحكى المزني عن الشافعي أنه يكون موليا منهن كاهن يقف لكل واحدة منهن فاذا أصاب بعضهن خرجت من حكم الابلاء وبوقف لمن بقي حتى يفيء أو يطلق ولا يحنث حتى يبطأ الأربع وقال أصحاب الرأي : يكون موليا منهن كاهن فإن تركهن أربعة أشهر بن منه جميعا ، ولا يلاء ، وإن وطئ بعضهن سقط الابلاء في حقها ولا يحنث إلا بوطنهن جميعا ، ولما ان من لا يحنث برطئها لا يكون موليا منها كإني يحلف عليها

(فصل) فإن قال والله لا وطئت واحدة منكن ونوي واحدة يمينها تعلقت يمينه بها واحدة صار موليا منها دون غيرها وإن نوي واحدة مهمة منهن لم يصير موليا منهن في الحال فاذا وطئ ثلاثا كان موليا من الرابعة ويحتمل أن يخرج المولى منهن بالفرقة كالطلاق إذا أوقعه في مهمة من نسائه ، وإن أطاق صار موليا منهن كاهن في الحال لأنه لا يمكنه وطئ واحدة منهن إلا بالحنث فإن طلق واحدة منهن أو ماتت كان موليا من البواقي ، وإن وطئ واحدة منهن حنث وانحلت يمينه وسقط حكم الابلاء في الباقيات لأنها يمين واحدة فإذا حنث فيها مرة لم يحنث مرة ثانية ولا يقى حكم اليمين بعد حنثه فيها بخلاف ما إذا طلق واحدة أو ماتت فإنه لم يحنث ثم فبقى حكم يمينه فيمن بقي منهن وهذا مذموم الشافعي وذكر القاضي أنه إذا أطلق كان الابلاء في واحدة غير معينه وهو اختيار بعض أصحاب الشافعي لأن لفظه تناول واحدة منكرا فلا يقتضي العموم

(فصل) فإن حلف على وطئ امرأته عاما ثم كفر يمينه انحل الابلاء قال الأثرم قيل لابي عبد الله المولي يكفر يمينه قبل مضي أربعة أشهر قال يذهب عنه الابلاء وبوقف بعد الأربعة وذهب الابلاء حين ذهبت اليمين وذلك لأنه لم يبق ممنوعا من الوطئ يمينه فأشبهه من حلف واستثنى ، فإن كان تكفيره قبل مضي الأربعة الأشهر انحل الابلاء حين التكفير وصار كالحالف على ترك الوطئ أقل من أربعة أشهر وإن كفر بعد الأربعة وقبل الوقف صار كالحالف على أكثر منها إذا مضت يمينه قبل وقفه

(مسألة) (فإن قال والله لا وطئتكم أربعة أشهر فاذا مضت فوالله لا وطئتكم أربعة أشهر أو فاذا مضت فلا وطئتكم شهرين أو لا وطئتكم فاذا مضت فوالله لا وطئتكم أربعة أشهر ففيه وجهان

(أحدهما) ليس بمول لأنه حال بكلي يمين على مدة ناقصة عن مدة الابلاء فلم يكن موليا كما لو لم ينو الا مدتهما ولأنه يمكنه الوطئ بالنسبة الى كل يمين عقيب مدتها من غير حنث فيها فأشبهه ما لو اقتصر عليها ، ويحتمل أن يصير موليا لأنه منع نفسه من الوطئ يمينه أكثر من أربعة أشهر متوالية فكان موليا كما لو منعها يمين واحدة ، ولأنه لا يمكن الوطئ بعد المدة الا بحنث في يمينه فأشبهه ما لو حلف على ذلك يمين واحدة ، ولو لم يكن هذا إيلاء أفضى إلى أن يمنع من الوطئ طول دهره باليمين وفلا يكون موليا وهكذا الحكم في كل مدتين متواليين بزبد مجموعها على أربعة أشهر لما ذكرنا من التعليلين هذا هو الصحيح إن شاء الله تعالى

ولنا أن النكرة في سياق النفي تعم كقوله (ولم يتخذ صاحبة) وقوله (ولم يكن له كفواً أحد) وقوله (ومن لم يجعل الله له نوراً فما له من نور) ولو قال انسان والله لا شربت ماء من اداة حنث بالشرب من أي اداة كانت فيجب حمل اللفظ عند الاطلاق على مقتضاه في العموم ، وان قال نويت واحدة معينة أو واحدة مبهمة قبل منه لان اللفظ يحتمله احتمالاً غير بعيد وهذا مذهب الشافعي إلا أنه اذا أبهم المحلوف عليها فنه أن يعينها بقوله وأصل هذا مذكور في الطلاق

(فصل) فان قال والله لاوطئت كل واحدة منكن صار مولياً ممنين كاهن في الحال ولا يقبل قوله نويت واحدة ممنين معينة ولا مبهمة لان لفظة كل أزال احتمال الخصوص ومتى حنث في البعض انحل الایلاء في الجميع كالتي قبلها ، وقال القاضي وبعض أصحاب الشافعي لا تنحل في الباقيات ولنا أنها يمين واحدة حنث فيها فسقط حكمها كما لو حلف على واحدة ، ولان اليمين الواحدة اذا حنث فيها مرة لم يمكن الحنث فيها مرة أخرى فلم يبق ممتنعاً من وطء الباقيات بحكم اليمين فلم يبق الایلاء كسائر الايمان التي حنث فيها وفي هذه المواضع التي قلنا بكونه مولياً ممنين كاهن اذا طأ ابن كاهن بالفئة وقف لمن كاهن وإن طأ لبن في أوقات مختلفة ففيه روايتان

(احداهما) يقف للجمع وقت مطالبة أولاهن قال القاضي وهو ظاهر كلام احمد (والثانية) يقف لكل واحدة ممنين عند مطالبتها اختاره ابو بكر وهو مذهب الشافعي فاذا

﴿ مسألة ﴾ وان قال والله لاوطئت ان شئت فشئت صار مولياً

وهذا قال الشافعي وابو ثور وأصحاب الرأي لانه يصير ممتنعاً من الوطء حيث نشاء الا أن أصحاب الشافعي قالوا إن شئت على الفور جواباً لكلامه صار مولياً وان أخرت المشيئة انحلت يمينه لان ذلك تخيير لها فكان على الفور كقوله اختاري في الطلاق

ولنا أنه علق اليمين على المشيئة بحرف ان فكان على التراخي كمشيئة غيرها ، فان قبل فهل قلتم لا يكون مولياً فانه علق ذلك بارادتها فأشبهه ما لو قال لاوطئتك الا برضاك ؟ قلنا الفرق بينهما انها اذا شئت انعقدت يمينه مانعة من رطائها بحيث لا يمكنه الوطء بعد ذلك بغير حنث ، واذا قال والله لاوطئتك الا برضاك فاحلف الاعلى ترك وطئها في بعض الاحوال وهو حال سخطها فيمكنه الوطء في حال رضاها بغير حنث واذا طالبته بالفئة فهو برضاها وان قال والله لاوطئتك الا أن يشاء أبوك او فلان لم يكن مولياً لانه علقه بفعل منه يمكن وجوده في الاربعة الاشهر امكاناً غير بعيد وليس بمحرم ولا فيه مضرة أشبه ما لو قال والله لاوطئتك الا أن تدخلني الدار

﴿ مسألة ﴾ (وان قال الا أن تشائي او الا باختيارك او الا أن تختاري لم يصير مولياً وصار كقوله الا برضاك او حتى تشائي)

وقال ابو الخطاب ان شئت في المجلس لم يصير مولياً والا صار مولياً وقال أصحاب الشافعي ان شئت

وقف الاولى وطأها ووقف للثانية فان طأها وقف للثالثة فان طأها وقف للارابعة، وكذلك من مات منهن لم بمنع من وقته الاخرى لان يمينه لم تنحل وايلاءه بق عدم حشفيهن ، وان وطئ احدهن حين وقف لها أو قبله انحلت يمينه وسقط حكم الايلاء في الباقيات على ما قلناه وعلى قول القاضي ومن وافقه يوقف للباقيات كما لو طلق التي وقف لها

(فصل) فان قال كما وطئت واحدة منكن فضرأثرها طوالق فان قلنا ليس هذا بايلاء فلا كلام وان قلنا هو ايلاء فهو مول منهن جميعا لانه لا يمكنه وطء واحدة منهن إلا بطلاق ضرأثرها فيوقف لمن فان فاء الى واحدة طلق ضرأثرها فان كان الطلاق بانئا انحل الايلاء لانه لم يبق ممنوعا من وطئها بحكم يمينه، وان كان رجعيا فراجعهن بقي حكم الايلاء في حتهن لانه لا يمكنه وطء واحدة إلا بطلاق ضرأثرها ، وكذلك ان راجع بعضهن لذلك إلا أن المدة تستأنف من حين الرجعة، ولو كان الطلاق بانئا فعاد فتزوجهن أو تزوج بعضهن عاد حكم الايلاء واستؤنفت المدة من حين النكاح وسواء تزوجهن في العدة أو بعدها أو بعد زوج آخر واصابة لما سذكركه فيما بعد ، وإن قال نوبت واحدة بعينها قبل منه وتعلقت يمينه بها فاذا وطئها طلق ضرأثرها وان وطئ غيرها لم يطلق منهن شيء ويكون موليا من المعينة دون غيرها لانها التي يلزمه بوطئها الطلاق دون غيرها

على الفور عقيب كلامه لم يصير موليا والا صار موليا لان المشيئة عندهم على الفور وقد فانت بتراخيها ، وقال القاضي تعتمد يمينه فان شاءت انحلت والا فهي منعدمة

ولنا أنه منع نفسه بيمينه من وطئها الا عند ارادتها فأشبه ما لو قال الا برضاك او حتى تشائي ولانه علمه على وجود المشيئة أشبه ما لو علمه على مشيئة غيرها، فأما قول القاضي فان أراد وجود المشيئة على الفور فهو كقولهم ، وان أراد وجود المشيئة على التراخي فتعل به اليمين لم يكن ذلك ايلاء لان تعليق اليمين على فعل يمكن وجوده في مدة أربعة أشهر امكانا غير بعيد ابس بايلاء

(مسألة) (وان قال لنسائه والله لا وطئت واحدة منكن صار موليا منهن الا أن يريد واحدة بعينها وان أراد واحدة مبهمه فقال ابو بكر تخرج بالقرعة)

وجملة ذلك أن الرجل اذا قال لنسائه والله لا وطئت واحدة منكن واطلق كان موليا من جميعهن في الحال لانه لا يمكنه وطء واحدة منهن الا بالحنث ، فان طلق واحدة منهن او ماتت كان موليا من البواقي فان وطئ واحدة منهن حنث وانحلت يمينه وسقط حكم الايلاء في الباقيات لانها يمين واحدة فاذا حنث فيها مرة لم يحنث مرة ثانية ولا يبقى حكم اليمين بعد حنث فيها بخلاف ما اذا طلق واحدة او ماتت فانه لم يحنث ثم يفتي حكم يمينه في الباقيات منهن وهذا مذهب الشافعي ، وذكر القاضي أنه اذا أطلق كان الايلاء في واحدة غير معينة وهو اختيار بعض اصحاب الشافعي لان لفظه تناول واحدة منكرا فلا يقتضي العموم

(فصل) الشرط الثالث أن يحلف على ترك الوطء في الفرج ، ولو قال والله لا وطئت في الدبر لم يكن مؤثماً لأنه لم يترك الوطء الواجب عليه ولا تتضرر المرأة بتركه وإنما هو وطء محرم وقد أكد منع نفسه منه بيمينه ، وإن قال والله لا وطئت دون الفرج لم يكن مؤثماً لأنه لم يحلف على الوطء الذي يطالب به في الفرج ولا ضرر على المرأة في تركه ، وإن قال والله لا جامعك إلا جماع سوء مثل عما أراد فإن قال أردت الجماع في الدبر فهو مؤثلاً لأنه حلف على ترك الوطء في الفرج وكذلك إن قال أردت أن لا أطأها إلا دون الفرج ، وإن قال أردت جماعاً ضعيفاً لا يزيد على النقاء الختائين لم يكن مؤثماً لأنه يمكنه الوطء الواجب عليه في الفرج بغير حنث وإن قال أردت وطئاً لا يبلغ النقاء الختائين فهو مؤثلاً لأنه لا يمكنه الوطء الواجب عليه في الفرج بغير حنث وإن لم تكن له نية فليس بمؤثلاً لأنه محتمل فلا يجهن ما يكون به مؤثماً وإن قال والله لا جامعك جماع سوء لم يكن مؤثماً بحال لأنه لم يحلف على ترك الوطء إنما حلف على ترك صفته المسكروهة

(فصل) الشرط الرابع أن يكون المحلوف عليها امرأة لقول الله تعالى (الذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر) ولأن غير الزوجة لاحق لها في وطئها فلا يكون مؤثماً كالأجنبية فإن حلف على ترك وطئ أمته لم يكن مؤثماً لما ذكرنا

ولما أن النكرة في سياق النفي تعم كقوله (لم يتخذ صاحبة ولا ولداً) وقوله (ولم يكن له كفواً أحد) ولو قال إنسان والله لا شربت ماء من أداة حنث بالشرب من أي أداة كانت فيجب حمل اللفظ عند الإطلاق على مقتضاه في العموم فإن قال نويت واحدة بعينها تعاقبت يمينه بها وحدها وصار مؤثماً لأنها دون غيرها لأن اللفظ يحتمل احتمالاً غير بعيد ، وإن قال نويت واحدة مبهمه قبل منه لذلك ، وهذا مذهب الشافعي ولا يصير مؤثماً منهم في الحال فإذا وطئ ثلاثاً كان مؤثماً من الرابعة ، وقال أبو بكر يخرج بالقرعة كما لو طلق واحدة من نسائه لا بعينها ومذهب الشافعي فيما إذا أبهم المحلوف عليها أنه أن يعينها بقوله وأصل هذا مذكور فيما إذا طلق واحدة بعينها

(مسألة) (وإن قال والله لا وطئت كل واحدة منكم كان مؤثماً من جميعهن في الحال ولا يقبل قوله نويت واحدة منهن معينة ولا مبهمه لأن لفظة كل أزال احتمال الخصوص وتدخل يمينه بوطء واحدة كالمسألة التي قبلها)

وقال القاضي وبعض أصحاب الشافعي لا تدخل في الباقيات لأنه صرح بمنع نفسه من كل واحدة فأشبهه ما لو حلف على كل واحدة يميناً

وإنما أنها يمين واحدة حنث فيها فسقط حكمها كما لو حلف على واحدة ولأن اليمين الواحدة إذا حنث فيها مرة لم يمكن الحنث فيها مرة أخرى فلم يبق ممتنعاً من وطئ الباقيات بحكم اليمين فلم يبق الإيلاء كسائر الأيمان التي حنث فيها

وان حلف على ترك وطء أجنبية ثم نكحها لم يكن مؤبداً لذلك وبه قال الشافعي وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر وقال مالك يصير مؤبداً إذا بقي من مدة يمينه أكثر من أربعة أشهر لأنه ممتنع من وطء امرأته بحكم يمينه مدة الإيلاء فكان مؤبداً كما لو حلف في الزوجية ، وحكي عن أصحاب الرأي أنه ان مرت به امرأة فحلف ان لا يقربها ثم تزوجها لم يكن مؤبداً ، وان قال ان تزوجت فلانة فوالله لا قربتها صار مؤبداً لأنه أضاف اليمين الى حال الزوجية فأشبهه ما لو حلف بعد تزويجها

ولما قول الله تعالى (الذين يؤلون من نساءهم) وهذه ليست من نسائه ولان الإيلاء حكم من أحكام النكاح فلم يتقدمه كالطلاق والتميم ولان المدة تضرب له تسعة الاضرار بها بيمينه وإذا كانت اليمين قبل النكاح لم يكن قاصداً للاضرار فأشبهه الممتنع بغير يمين ، قال الشريف أبو جعفر وقد قال أحمد يصح الظاهر قبل النكاح لانه يمين فعلى هذا التعامل يصح الإيلاء قبل النكاح والمنصوص انه لا يصح لما ذكرناه (فصل) فان آلى من الرجعية صح إيلؤه : وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي ، وذكر ابن حامد ان فيه رواية أخرى انه لا يصح إيلؤه لان الطلاق يقطع مدة الإيلاء إذا طراً فلان يمنع صحته ابتداء أولى

ولما أنها زوجة ياحقها طلاقه فصح إيلؤه منها كغير المطلقة ، وإذا آلى منها احتسب بالمدة من حين آلى وان كانت في العدة ، ذكره ابن حامد وهو قول أبي حنيفة ويحى . على قول الحرقى أن لا يحتسب عليه بالمدة إلا من حين راجعها لان ظاهر كلامه ان الرجعية محرمة وهذا مذنب الشافعي لانه معتدة منه فأشبهت البائن ، ولان الطلاق إذا طراً قطع المدة ثم لا يحتسب عليه بشيء من المدة قبل رجعتها فأولى أن لا يستأنف المدة في العدة

وروجه الاول ان من صح إيلؤه احتسب عليه بالمدة من حين إيلائه كما لو لم تكن مطقة ولا نها باحة فاحتسب عليه بالمدة فيها لم يطلها ، وفارق البائن فانها ليست زوجة ولا يصح الإيلاء منها بحال فهي كسائر الاجنبيات

﴿ مسألة ﴾ (وان قال والله لا أطوكن فهي كائني قبلها في أحد الوجهين)

وهذا ينبغي على أصل وهو الحنث بفعل بعض المحلوف عليه أولاً ؟ فان قلنا يحنث فهو مؤل منهن كائني في الحال لانه لا يمكنه وطء واحدة بغير حنث فصار مانعاً لنفسه من وطء كل واحدة منهن في الحال فان وطئ واحدة منهن حنث وأنحلت يمينه وزال الإيلاء من البواقي وانطلق بعضهم أو ماتت لم ينحل الإيلاء في البواقي وإن قلنا لا يحنث بفعل البعض لم يكن مؤبداً منهن في الحال لانه يمكنه وطء واحدة منهن من غير حنث فلم يمنع نفسه بيمينه من وطئها فلم يكن مؤبداً منها فان وطئ ثلاثاً صار مؤبداً من الرابعة لان لا يمكنه وطئها من غير حنث في يمينه وان ماتت بعضهم أو طلقها انحلت يمينه وزال الإيلاء لانه لا يحنث إلا بوطء الاربع فان راجع المطلقة أو تزوجها بعد بينونها عاد حكم يمينه وذكر القاضي أنا اذا قلنا يحنث بفعل البعض فوطئ واحدة يحنث ولم ينحل الإيلاء في البواقي لان الإيلاء من امرأة لا ينحل بوطء غيرها

(فصل) ويصح الايلاء من كل زوجة مسلمة كانت أو ذمية حرة كانت أو أمة لعموم قوله سبحانه (لذبن يؤلون من نساءهم تربص أربعة أشهر) ولأن كل واحدة منهم زوجة فصح الايلاء منها كالحرمة المسلمة ويصح الايلاء قبل الدخول وبعده وبهذا قال النخعي ومالك والاوزاعي والشافعي وقال عطاء والزهرى والثوري أنا يصح الايلاء بعد الدخول

ولنا عموم الآية والمعنى لأنه ممتنع من جماع زوجته يمينه فأشبهه ما بعد الدخول ، ويصح الايلاء من المجنونة والصغيرة إلا أنه لا يطالب بالفية في الصغير والجنون لأنها ليسا من أهل المطالبة فاما الرقعة والقرناء فلا يصح الايلاء منهما لأن الوطء متعذر دائماً فلم تعتقد اليمين على تركه كما لو حلف لا يصعد السماء ، ويحتمل أن يصح وتضرب له المدة لأن المنع بسبب من جهتها فهي كالمرضاة ، فعلى هذا ينبغي أن يفي فية المعذور لأن الفية بالوطء في حقها متعذرة فلا تمكن المطالبة به فأشبهه المحبوب

(فصل) ويصح الايلاء من كل زوج مكلف قادر على الوطء وأما الصبي والمجنون فلا يصح ايلاؤهما لأن القلم مرفوع عنهما ولأنه قول نجب بمخالفته كفارة أو حق فلم يعتد منها كالنذر ، وأما العاجز عن الوطء فإن كان لعارض مرجو زواله كالمرض والحبس صح ايلاؤه لأنه يتدر على الوطء فصح منه الامتناع منه وإن كان غير مرجو الزوال كالجب والشلل لم يصح ايلاؤه لأنها يمين على ترك مستحيل فلم تعتد كما لو حلف أن لا يقبل الحجارة ذهباً ولأن الايلاء : اليمين المانعة من الوطء وهذا لا يمنعه يمينه فإنه متعذر منه ولا تضرب المرأة يمينه

قال أبو الخطاب ويحتمل أن يصح الايلاء منه قياساً على العاجز بمرض أو حبس ولا شافعي في ذلك قولان والاول أدل لما ذكرنا ، فاما الخصى الذي سلت بوضائه أو رضت فيمكن منه الوطء وينزل ماء رقيقاً فيصح ايلاؤه وكذلك المحبوب الذي بقي من ذكره ما يمكن الجماع به

ولنا أنها يمين واحدة حث فيها فوجب أن تنحل كسائر الايمان ولأنه إذا وطء واحدة حث ولزمته الكفارة فلا يلزمه برطء الباقيات شيء فلم يبق ممتنعاً من وطئهن بحكم يمينه فانحل الايلاء كما لو كفرها ، واختلاف أصحاب الشافعي فقال بعضهم لا يكون مولياً منهم حتى يطأ ثلاثاً فيصير مولياً من الرابعة وحكى المزني عن الشافعي أنه يكون مولياً منهم كل من يوقف لـسك واحد منهم فاذا أصاب بعضهم خرجت من حكم الايلاء ويوقف لمن بقي حتى يفي أو يطاق ولا يحث حتى يطأ الأربع ، وقال أصحاب الرأي يكون مولياً منهم كل من تركهن أربعة أشهر بن منه جميعاً بالايلاء وإن وطئ بعضهم سقط الايلاء في حقها ولا يحث إلا بوطنين جميعاً .

ولنا أن من لا يحث بوطنها لا يكون مولياً منها كالتي لم يحلف عليها

(فصل) وفي هذه المواضع التي قلنا يكون مولياً منهم كل من إذا طأهن كلهن بالفية وقف لمن كلهن وإن طأهن في أوقات مختلفة ففيه روايتان

(فصل) ويصح إيلاء الذمي ويلزمه ما يلزم المسلم إذا تفاضوا اليانوا بهذا قال أبو حنيفة والشافعي وأبو ثور وإن أسلم لم ينقطع حكم إيلائه ، وقال مالك : إن أسلم سقط حكم يمينه ، وقال أبو يوسف ومحمد إن حلف بالله لم يكن مؤيلا لأنه لا يحنث إذا جامع لكونه غير مكلف ، وإن كانت يمينه بطلاق أو عتاق فهو مؤل لأنه يصح عتقه وطلاقه

ولنا قول الله تعالى (للذين يؤولون من نسائهم تربص أربعة أشهر) ولأنه مانع نفسه باليمين من جماعها فكان مؤيلا كالمسلم ولأن من صح طلاقه صح إيلاءه كالمسلم ، ومن صحعت يمينه عند الحاكم صح إيلاءه كالمسلم

(فصل) ولا يشترط في الإيلاء الغضب ولا قصد الاضرار روي ذلك عن ابن مسعود وبه قال الثوري والشافعي وأهل العراق وابن المنذر وروى عن علي رضي الله عنه ليس في إصلاح إيلاء . وعن ابن عباس قال : أنا الإيلاء في الغضب ونحو ذلك عن الحسن والنخعي وقتادة وقال مالك والاوزاعي وأبو عبيد من حلف لا يوطأ زوجته حتى تفطم ولده لا يكون إيلاء إذا أراد الإصلاح ولده

ولنا عموم الآية ولأنه مانع نفسه من جماعها بيمينه فكان مؤيلا كحال الغضب يحتمل أن حكم الإيلاء ثبت لحق الزوجة فيجب أن يثبت سواء قصد الاضرار أو لم يقصد كاستيفاء ديونها واتلاف ما لها ولأن الطلاق والظهار وسائر الأيمان سواء في الغضب والرضى فكذلك الإيلاء ولأن حكم اليمين في الكفارة وغيرها سواء في الغضب والرضا فكذلك في الإيلاء ، وأما إذا حلف أن لا يوطأها حتى تفطم ولده فإن أراد وقت الفطام وكانت مدته تزيد على أربعة أشهر فهو مؤل ، وإن أراد فعل الفطام لم يكن مؤيلا لأنه ممكن قبل الأربعة الأشهر وليس بمحرم ولا فيه تفويت حق لها فلم يكن مؤيلا كما لو حلف لا يوطأها حتى تدخل الدار

[إحداهما] بوقف الجميع وقت مطالبة أولاهن ، قال القاضي وهو ظاهر كلام أحمد (والثانية) بوقف لكل واحدة منهن عند مطالبتها اختاره أبو بكر وهو مذهب الشافعي وإذا وقف الأولى فطلبتها وقف للثانية فإن طلقها وقف للثالثة فإن طلقها وقف للرابعة وكذلك من مات منهن لم يمت من وقفه للآخرى لأن يمينه لم تنحل وإيلاءه باق لعدم حنثه فيمن كان وطئ إحداهن حين وقف لها أو قبلها انحلت يمينه وسقط حكم الإيلاء في الباقيات على ما قلناه وعلى قول القاضي ومن وافقه بوقف للباقيات كما لو طلق التي وقف لها .

(فصل) فإن قال كذا وطئت واحدة منهن فضرأثرها طواق فإن قلنا ليس هذا بإيلاء فلا كلام وإن قلنا هو إيلاء فهو مؤل منهن كلهن لأنه لا يمكنه وطء واحدة منهن إلا بطلاق ضرأثرها فيوقف لمن فإن فاء إلى واحدة طلق ضرأثرها فإن كان الطلاق بائنا انحلت الإيلاء لأنه لم يبق ممنوعا من وطئها بحكم يمينه فإن كان رجعيًا فراجعين بقي حكم الإيلاء في حقهن لأنه لا يمكنه وطء واحدة إلا بطلاق

(فصل) في الالفاظ التي يكون بها مؤلایا وهي ثلاثة أقسام (أحدها) ما هو صريح في الحكم والباطن جميعا وهو ثلاثة ألفاظ قوله والله لا أتيتك ولا أدخل ولا أغيب أو أوج ذكری في فرجك ولا انتفضتک للبكر خاصة فهذه صريحة ولا يدين فيها لأنها لا تحتمل غير الایلاء

(القسم الثاني) صريح في الحكم ويدين فيما بينه وبين الله تعالى وهي عشرة ألفاظ لا وطئتک ولا جامعتك ولا أصبتک ولا باشرتک ولا مستمتک ولا قربتک ولا أتيتک ولا باضعتک ولا باءلتک ولا اغتسلت منك فهذه صريحة في الحكم لأنها تستعمل في العرف في الوطء وقد ورد القرآن ببعضها فقال الله سبحانه (ولا تبرهن حتى يطهرن فاذا تطهرن فأتوهن) وقال (ولا تباشروهن وأنتم عاكفون في المساجد) وقال تعالى (من قبل أن تمسوهن)

وأما الجماع والوطء فهما أشهر الالفاظ في الاستعمال فلو قال أردت بالوطء الوطء بالقدم وبالجماع اجتماع الاجسام ، وبالأصابة الإصابة باليد دين فيما بينه وبين الله تعالى ولم يقبل في الحكم لأنه خلاف الظاهر والعرف وقد اختلف قول الشافعي فيما عدا الوطء والجماع من هذه الالفاظ فقال في موضع ليس بصريح في الحكم لأنه حقيقة في غير الجماع ، وقال في لا باضعتک ليس بصريح لأنه يحتمل أن يكون من التقاء البضعتين البضعة من البدن بالبضعة منه فان النبي ﷺ قال « فاطمة بضعة مني »

ولنا انه مستعمل في الوطء عرفا وقد ورد به القرآن والسنة فكان صريحا كلفظ الوطء والجماع وكونه حقيقة في غير الجماع يبطل بلفظة الوطء والجماع ، وكذلك قوله فارتقتك وسرحتك في ألفاظ الطلاق فانهم قالوا هي صريحة في الطلاق مع كونها حقيقة في غيره ، وأما قوله باضعتك فهو مشتق من البضع ولا يستعمل هذا اللفظ في غير الوطء فهو أولى أن يكون صريحا من سائر الالفاظ لأنها تستعمل في غيره وبهذا قال أبو حنيفة

ضرائرها وكذلك ان راجع بعضهم كذلك إلا أن المدة تسأنف من حين الرجعة ولو كان الطلاق تاما فعاد فترزجن أو تزوج بعضهم عاد حكم الایلاء واستؤنفت المدة من حين النكاح وسواء تزوجها في العدة أو بعدها أو بعد زوج آخر واصابة لما سذكروه بعد ان شاء الله تعالى وان قال نويت واحدة بعينها قبل منه وتعلقت بعينه بها فاذا وطئها طلق ضرائرها وان وطء غيرها لم يطلق منهن شي ويكون موليا من المعينة دون غيرها لأنها التي يلزمه بوطئها الطلاق دون غيرها

(مسألة) (وان آلى من واحدة وقال للآخرى شركتك معها لم يصير موليا من الثانية لان اليمين بالله لا تصح الا بلفظ صريح من اسم أو صفة والشريك بينهما كناية فلم تصح به اليمين ، وقال القاضي يكون موليا منها كما لو طاق واحدة ، وقال الآخرى شركتك معها ينوي به الطلاق والفرق بينهما أن الطلاق ينقذ بالكناية ولا كذلك اليمين وان قال ان وطئتک فأنت طالق ثم قال للآخرى شركتك معها ونوى فقد صار طلاق الثانية معاقا على وطئها أيضا لان الطلاق يصح بالكناية وان

(القسم الثالث) مالا يكون إيلاء إلا بالنية وهو ماعدا هذه الالفاظ مما يحتمل الجماع كقوله والله لا يجمع رأسي ورأسك شيء لاسأف رأسي رأسك لاسوءك لا غيظتك لتطولن غيبتني عنك لأمس جلدي جلدي لا قربت فراشك لأويت معك لأنمت عندك فهذه إن أراد بها الجماع واعترف بذلك كان موليا وإلا فلا لان هذه الالفاظ ليست ظاهرة في الجماع كظهور التي قبلها ولم يرد النص باستعمالها فيه إلا أن هذه الالفاظ منقسمة إلى ما يقتدر فيه إلى نية الجماع والمدة معا وهي قوله لاسوأك ولا غيظتك وتطولن غيبتني عنك فلا يكون مؤليا حتى ينوي ترك الجماع في مدة تزيد على أربعة أشهر لان غيظها يكون بترك الجماع فيما دون ذلك وفي سائر هذه الالفاظ يكون مؤليا بنية الجماع فقط ، وإن قال والله ليطولن تركي لجماعك أو لومائك أو لاصابتك فهذا صريح في ترك الجماع وتعتبر نية المدة دون نية الوطء لانه صريح فيه ، وإن قال والله لا جامعةك إلا جماعا ضعيفا لم يكن مؤليا إلا أن ينوي جماعا لا يبلغ التقاء الحثانين ، وإن قال والله لأدخلت جميع ذكرني في فرجك لم يكن مؤليا لان الوطء الذي يحصل به الفينة يحصل بدون إيلاج جميع الذكر ، وإن قال والله لأولجت حشيتي في فرجك كان موليا لان الفينة لا تحصل بدون ذلك

(فصل) وان قال لاحدى زوجتي والله لاوطئتك ثم قال للاخرى أشركتك معهم لم يصح موليا من الثانية لان اليمين بالله لا يصح الا بلفظ صريح من اسم أو صفة والتشريك بينهما كناية فلم تصح به اليمين وقال القاضى يكون موليا منهما وان قال ان وطئتك فأنت طالق ثم قال للاخرى أشركتك معها ونوى فقد صار طلاق الثانية معاقبا على وطئها أيضا لان الطلاق يصح بالكناية فان قلنا ان ذلك إيلاء في الاولى صار إيلاء في الثانية لأنها صارت في معناها والافليس بإيلاء في واحدة منها وكذلك لو آلى رجل من زوجته فقال آخر لامرأته أنت مثل فلانة لم يكن موليا ، وقال أصحاب الرأي هو مول ولنا أنه ليس بصريح في القسم فلا يكون موليا به كما لو لم يشبهها بها

قلنا إن ذلك إيلاء في الاولى صار إيلاء في الثانية لأنها صارت في معناها والافليس بإيلاء في واحدة منها وكذلك لو آلى رجل من زوجته فقال آخر لامرأته أنت مثل فلانة لم يكن موليا ، وقال أصحاب الرأي هو مول .

ولنا أنه ليس بصريح في القسم فلا يكون موليا به كما لو لم يشبهها بها
ويصح الايلاء بكل لغة كالعجمية وغيرها ممن يحسن العربية ومن لا يحسنها لان اليمين تنقد بغير العربية وتجب بها الكفارة والمولي هو الحالف بالله أو بصفته على ترك وطء زوجته الممتنع من ذلك يمينه فان آلى بالعجمية من لا يحسنها وهو لا يدري معناها لم يكن موليا وان نوى موجبها عند أهلها وكذلك الحكم اذا آلى بالعربية من لا يحسنها لانه لا يصح منه قصد الايلاء بلفظ لا يدري معناه فان اختلف الزوجان في معرفته بذلك فالقول قوله اذا كان متكلمها بغير لسانه لان الاصل عدم

(فصل) ويصح الايلاء بكل لغة من العجمية وغيرها ممن يحسن العربية ومن لا يحسنها لان الميمن
تعتقد بغير العربية وتجب بها الكفارة ، والمؤلى هو الحالف بالله على ترك وطء زوجته الممتنع من
ذلك يمينه فان آلى بالعجمية من لا يحسنها وهو لا يدري معناها لم يكن موليا ، وان نوى موجبها
عند أهلها ، وكذلك الحكم إذا آلى بالعربية من لا يحسنها لانه لا يصح منه قصد الايلاء بلفظ
لا يدري معناه فان اختلف لزوجان في معرفته بذلك فالقول قوله إذا كان متكلما بغير لسانه لان
الاصل عدم معرفته بها فاما ان آلى العربي بالعربية ثم قال جرى على لساني من غير قصد او قال ذلك
العجمي في ايلائه بالعجمية لم يقبل في الحكم لانه خلاف الظاهر

(فصل) ومدة الايلاء في حق الاحرار والعبيد والمسلمين وأهل الذمة سواء ، ولا فرق بين
الحر والامة والمسلمة والذمية والصغيرة والكبيرة في ظاهر المذهب وهو قول الشافعي وابن المنذر
وعن احمد رواية أخرى ان مدة إيلاء العبد شهران وهو اختيار ابى بكر ، وقول عطاء ، والزهري
ومالك وإسحاق لانهم على النصف في الطلاق وعدد المنكوحات فكذا في مدة الايلاء ، وقال
الحسن والشعبي إيلأؤه من الامة شهران ومن الحرية أربعة وقال الشعبي إيلاء الامة نصف إيلاء الحرية وهذا
قول أبي حنيفة لان ذلك يتعلق به البيونة عنده واختلف بالرق والحرية كالطلاق ولاها مدة يثبت ابتداءها
بقول الزوج فوجب أن يختلف برق المرأة وحريتها كدة العدة

ولنا عموم الآية ولانها مدة ضربت للوطء فاستوى فيها الرق والحرية كدة العنة ولا نسلم أن
البيونة تتعلق بها ثم يبطل ذلك بمدة العنة ويختلف مدة العدة لان العدة مبنية على الكمال بدليل أن
الاستبراء يحصل بقر واحد ، وأما مدة الايلاء فان الاستمتاع بالحرية أكثر وكان ينبغي أن تقدم مطالبتها
مطالبة الامة والحق على الحر في الاستمتاع أكثر منه على العبد فلا تجوز الزيادة في مطالبة العبد عليه

معرفته بها فاما ان آلى العربي بالعربية ثم قال جرى على لساني من غير قصد أو قال ذلك العجمي
في ايلائه بالعجمية لم يقبل قوله في الحكم لانه خلاف الظاهر

(فصل) ولا يصح الايلاء الا من زوجته لقول الله تعالى (لذين يؤلون من نسائهم تربص
أربعة أشهر) وان حلف على ترك وطء أمته لم يكن موليا إذا بقي من مدة يمينه أكثر من أربعة أشهر
لانه ممتنع من وطء امرأته بحكم يمينه مدة الايلاء فكان موليا كما لو حلف في الزوجية وحكي عن
أصحاب الرأي أنه من مرت به امرأة فخلف أن لا يقر بها ثم تزوجها لم يكن موليا وان قال تزوجت
فلانة فوأنه لا قربتها صار موليا لانه أضاف الميمن الى حال الزوجية فأشبهه مالم حلف بعد تزوجها
وانا قول الله تعالى (لذين يؤلون من نسائهم) وليست هذه من نسائه ولان الايلاء حكم من أحكام
النكاح فلم يتقدمه كالطلاق والقسم ولان المدة تضرب له لنصده الاضرار بها يمينه فاذا كانت الميمن

(مسئلة) قال (فإذا مضت أربعة أشهر ورافعته أمر بالفينة والفينة الجماع)

وجملة ذلك أن المولي يترخص أربعة أشهر كما أمر الله تعالى ولا يطالب فيهن فإذا مضت أربعة أشهر ورافعته أمر أنه إلى الحاكم وقفه وأمره بالفينة فإن أبي أمره بالطلاق ولا تطلق زوجته بنفس مضي المدة قال أحمد في الإيلاء يوقف عن الأكبر من أصحاب النبي ﷺ عن عمر ثني بدل على ذلك ، وعن عثمان وعلي وجعل ثبت حديث علي وبه قال ابن عمر وعائشة ، وروى ذلك عن أبي الدرداء وقال سليمان بن يسار كان تسعة عشر رجلاً من أصحاب محمد ﷺ يوقفون في الإيلاء ، وقال سهيل ابن أبي صالح سألت اثني عشر من أصحاب النبي ﷺ فكلمهم بقول ليس عليه شيء حتى يمضي أربعة أشهر فيوقف فإن فاء والاطلاق ، وبهذا قال سعيد بن المسيب وعروة ومجاهد وطاوس ومالك والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وابن المنذر ، وقال ابن مسعود وابن عباس وعكرمة وجابر ابن زيد وعطاء والحسن ومسروق وقبيصة والنخعي والاوزاعي وابن أبي ليلى وأصحاب الرأي إذا مضت أربعة أشهر فهي تطليقة بائنة ، وروى ذلك عن عثمان وعلي وزيد وابن عمر وروى عن أبي بكر بن عبد الرحمن ومكحول والزهرري تطليقة رجعية ويحكي عن ابن مسعود أنه كان يقرأ (فإن فاء) فيهن فإن الله غفور رحيم) ولأن هذه مدة ضربت لاستدعاء الفعل منه فكان ذلك في المدة كدة العنة

ولنا قول الله تعالى (للذين يؤولون من نسائهم ترخص أربعة أشهر فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم) رظاهر ذلك أن الفينة بعد أربعة أشهر لذكره الفينة بعدها بالفاء المقضية للمتعيب ثم قال (وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم) ولو وقع بمضي المدة لم يحنج إلى عزم عليه (وقوله سميع عليم) يقتضي أن الطلاق مسدوع ولا يكون المسدوع إلا كلاماً ولا نهامة ضربت له تأجيلاً فلم يستحق المطالبة فيها كسائر الآجال ، ولأن هذه مدة لم

قبل النكاح لم يكن قاصداً للاضرار فأشبهه الممتع بغير عين ، قال الشريف أبو جعفر وقد قال أحمد يصح الظهار قبل النكاح والمنصوص عدم الصحة لما ذكرنا

(فصل) فإن آلى من الرجعية صح إيلاؤه ، وهو قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي وذكر ابن حامد فيه رواية أخرى أنه لا يصح إيلاؤه لأن الطلاق يقطع مدة الإيلاء إذا طرأ لأن يمنع صحته ابتداء أولى .

ولنا أنها زوجة يلحقها طلاقه فصح إيلاؤه منها كغير المطلقة وإذا آلى منها احتسب بالمدة من حين آلى وإن كانت في العدة ذكره ابن حامد وهو قول أبي حنيفة ويحيى ، على قول الحنفية أن لا يحتسب عليه بالمدة إلا من حين راجعها لأن الرجعية في ظاهر كلامه محرمة وهو مذهب الشافعي لأنها معتدة أشبهت البائن ولأن الطلاق إذا طرأ قطع المدة ثم لا يحتسب عليه بشيء من المدة قبل رجعتها فأولى أن لا يستأنف المدة في العدة ووجه الأول أنه من صح إيلاؤه احتسب عليه بالمدة من حين إيلائه كما لو لم تكن مطلقة ، ولأنها

يتقدمها إيقاع فلا يتقدمها وقوع كدة العنة ومدة العنة حجة لنا فان الطلاق لا يقع إلا بمضيها ^(١) ولان مدة العنة ضربت له ليختبر فيها ويرف عجزه عن الوطء بتركه في بدتها وهذه ضربت تأخير آلها وتأجيلها ولا يستحق المطالبة الا بعد مضي الاجل كالدين

(فصل) وابتداء المدة من حين اليمين ولا يفتقر إلى ضرب مدة لانها ثبتت بالنص والاجماع فلم تفتقر الى ضرب كدة العنة ولا يطالب بالوطء فيها لما ذكرنا فان وطئها فيها فقد عجلها حقها قبل محله وخرج من الايلاء كمن عليه دين دفعه قبل الاجل وهكذا ان وطئ بعد المدة قبل المطالبة أو بعدها خرج من الايلاء وسواء وطئها وهي عاقلة أو مجنونة أو يقظانة أو نائمة لانه فعل ما حلف عليه فان وطئها وهو مجنون لم يحنث ذكره ابن حامد وهو قول الشعبي

وقال ابو بكر يحنث وعليه الكفارة لانه فعل ما حلف عليه والاول أصح لانه غير مكلف وقلم عنه مرفوع ويخرج بوطئه عن الايلاء لانه قد وفاهها حقها وحصل منه في حقها ما يحصل من العاقل وانما تسقط الكفارة عنه لرفع القلم عنه ، ذكر هذا ابن حامد وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، وذكر القاضي ما يدل على أنه يبقى موليا فانه قال إذا وطئ بعد إفاقة تجب عليه الكفارة لان وطأ الاول ما حنث به ، وإذا بقيت يمينه بقي الايلاء كما لو لم يطأ وهذا قول المرني

ويذهب أن يستأنف له مدة الايلاء من حين وطئ لانه لا ينبغي أن يطالب بالقيمة مع وجودها منه ولا يطلق عليه لانتائها وهي موجودة ولكن تضرب له مدة لبقاء حكم يمينه وقيل تضرب له المدة إذا عقل لانه حينئذ يمنع من الوطء بحكم يمينه ، ومن قال بالاول قال قد وفاهها حقها فلم يبق الايلاء كما لو حنث ولا يمنع انتفاء الايلاء مع اليمين كما لو حلف لا يطأ أجنبية ثم تزوجها

مباحة واحتسب عليه بالمدة فيها كما لو لم يطأها ، وفارق البائن فانها ليست زوجة ، ولا يصح الايلاء منها بحال فهي كآثر الاجنبيات

(فصل) ويصح الايلاء من كل زوجة مسلمة كانت أو ذمية حرة أو أمة لعموم قوله سبحانه (للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر) ولان كل واحدة منهن زوجة فصح الايلاء منها كالحره المسلمة ، ويصح الايلاء قبل الدخول وبعده ، وبهذا قال النخعي ومالك والاوزاعي والشافعي ، وقال عطاء وزهري والشوري إنما الايلاء بعد الدخول

ولنا عموم الآية والمعنى ولانه ممنوع من جماع زوجته يمينه فأشبه ما بعد الدخول ويصح الايلاء من الصغيرة والمجنونة إلا أنه لا يطالب بالقيمة في حال الصغر والمجنون لانهما ليستمان أهل المطالبة . فأما الرقاء والقرناء فلا يصح الايلاء منهما لان الوطء متعذر دائماً فلم تنعقد اليمين على تركه كما لو حلف

(فصل) وان وطئ العاقل ناسيا ليمينه فهل يحنث؟ على روايتين فان قلنا يحنث انحل ايلأؤه وذهبت يمينه وان قلنا لا يحنث فهل ينحل ايلأؤه؟ على وجهين قياسا على الجنون وكذلك يخرج فيما اذا آلى من إحدى زوجتيه ثم وجدها على فراشه فظنها الاخرى فوطئها لانه جاهل بها والجاهل كالناسي في الحنث وكذلك ان ظنها أجنبية فبانث زوجته

وان استدخات ذكره وهو نائم لم يحنث لانه لم يفعل ما حلف عليه ولان القلم مرفوع عنه وهل يخرج من حكم الابلأ. يحنث وجهين (أحدهما) يخرج لان المرأة وصات الى حقها فأشبه ما لو وطئ (والثاني) لا يخرج من حكم الابلأ. لانه ما وفاها حقها وهو باق على الامتناع من الوطء. بحكم اليمين فكان مولى كما لو لم يفعل به ذلك والحكم فيما إذا وطئ. وهو نائم كذلك لانه لا يحنث به

(فصل) وان وطئها وطأ محرماً مثل أن وطئها حائضاً أو نفساً أو محرمة أو صائمة صوم فرض أو كان محرماً أو صائماً أو مظاهراً حنث وخرج من الابلأ. وهذا مذهب الشافعي، وقال أبو بكر قياس المذهب أن لا يخرج من الابلأ. لانه رطأ لا يؤمر به في الفيتة فلم يخرج به من الابلأ. كالوطء في الدبر، ولا يصح هذا لان يمينه انحلت ولم يبق ممتنعاً من الوطء. بحكم اليمين فلم يبق الابلأ. كما لو كفر يمينه أو كما لو وطئها مريضة

وقد نص أحمد فيمن حلف ثم كفر يمينه انه لا يبقى مواباً لعدم حكم اليمين مع انه ما وفاها حقها لأن نزول بزوال اليمين بحنثه فيها أولى، وقد ذكر القاضي في المحرم والمظاهر انهما إذا وطئاً فقد وفاها حقها وفارق الوطء. في الدبر فانه لا يحنث به وليس بمحل لوطء بخلاف مسئلتنا

(فصل) وإذا آلى منها وتم عذر بمنع الوطء من جهة الزوج كرضه أو حبسه أو إحرامه أو صيامه حسبت عليه المدة من حين ايلأئه لان المانع من جهته وقد وجد التمسكين الذي عليها ولذلك لو

لا يصعد السماء ويحنث أن يصح وتضرب له المدة لان المنع بسبب من جهتها فهي كالمریضة، فعلى هذا يفي فيئة المعذور لان الفيتة بالوطء في حقها متعذرة فلا يمكن المطالبة به فأشبهه الجبوب

(فصل) (الشرط الرابع أن يكون من زوج يمكنه الوطء وتلزمه الكفارة بالحنث مسلماً كان أو كافراً حراً أو عبداً سليماً أو خصباً أو مريضاً يرجى برؤه)

وجملة ذلك أنه يشترط أن يكون الابلأ. من زوج لقول الله سبحانه (للذين يؤلون من نسائهم) ويشترط أن يكون مكلفاً فأما العصبي والجنون فلا يصح إيلأؤها لان القلم مرفوع عنهما
❖ مسألة ❖ (ويصح إيلأء الذمي ويلزمه ما يلزم المسلم إذا تقاضوا البينا)

وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وأبو ثور وان أسلم لم ينقطع حكم إيلأئه، وقال مالك ان أسلم سقط حكم يمينه وقال أبو يوسف ومحمد ان حلف بالله لم يكن مواباً لانه لا يحنث اذا جامع لكونه غير مكلف وان كانت يمينه بطلاق أو عتاق فهو مولى لانه يصح عتقه وطلاقه

ولنا قول الله تعالى (للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر) ولانه مانع نفسه باليمين من

أمكنته من نفسها وكان ممتنعاً لعذر وجبت لها النفقة، وإن طرأ شيء من هذه الأعذار بعد الإيلاء أو جن لم تقطع المدة للمعنى الذي ذكرناه، وإن كان المانع من جهتها نظرنا فإن كان حيضاً لم يمنع ضرب المدة لأنه لو منع لم يمكن ضرب المدة لأن الحيض في الغالب لا يخلو منه شهر فيؤدي ذلك إلى إسقاط حكم الإيلاء، وإن طرأ الحيض لم يقطع المدة لما ذكرنا وفي النفاس وجهان (أحدهما) هو كالحيض لأن أحكامه أحكام الحيض (والثاني) هو كسائر الأعذار التي من جهتها لأنه نادر غير معتاد فاشبه سائر الأعذار، وأما سائر الأعذار التي من جهتها كصغرها ومرضها وحبسها وإحرامها وصيائها واعتكافها المفروضين ونشوزها وغيبتها ففى وجد منها شيء حال الإيلاء لم تضرب له المدة حتى يزول لأن المدة تضرب لامتناعه من وطئها والمنع ههنا من قبلها، وإن وجد شيء من هذه الأسباب استؤنفت المدة ولم ين على ما مضى لأن قوله سبحانه (تربص أربعة أشهر) يقتضي متوالية فإذا قطعتها وجب استئنافاً كمدة الشهرين في صوم الكفارة، وإن حنث وهربت من يده انقطعت المدة وإن بقيت في يده وأمكنه وطؤها احتسب عليه بها، فإن قيل فهذه الأسباب منها ما لا صنع لها فيه فلا ينبغي أن تقطع المدة كالحيض، قلنا إذا كان المنع لمعنى فيها فلا فرق بين كونه بفعلها أو بغير فعلها كما أن البائع إذا تمذر عليه تسليم المعقود عليه لم يتوجه له المطالبة بعرضه سواء كان لعذر أو غير عذر وإن آلى في الردة لم تضرب له المدة إلا من حين رجوع المرتبة منها إلى الإسلام، وإن طرأت الردة في أثناء المدة انقطعت لأن النكاح قد نشعث وحرم الوطء فإذا عاد إلى الإسلام استؤنفت المدة سواء كانت الردة منهما أو من أحدهما وكذلك إن أسلم أحد الزوجين الكافرين أو خالها ثم تزوجها والله أعلم

جماعها فكان مولى كالمسلم ولأن من صح طلاقه صح إيلاؤه ومن صحعت يمينه عند الحاكم صح إيلاؤه كالمسلم فأما العاجز عن الوطء فإن كان لعارض مرجو الزوال كالمرض والحبس صح إيلاؤه لأنه يقدر على الوطء فصح منه للامتناع منه وإن كان غير مرجو الزوال كالجب والشلل لم يصح إيلاؤه لأنها يمين على ترك مستحيل فلم تتعقد كما لو حلف لا يقلب الحجارة ذهباً ولأن الإيلاء يمين المانعة من الوطء وهذا لا يمنع يمينه فإنه متعذر منه ولا يضر المرأة بيمينه

قال أبو الخطاب ويحتمل أن يصح الإيلاء منه قياساً على العاجز بمرض أو حبس، وفيئته لو قدرت لجامعتك لأنه معذور فيئ به بأساً كالعاجز بعذر يزول، وللشافعي في ذلك قولان والاول أولى لما ذكرنا فأما الخصى الذي سلت بيضته أو رضت فيمكنه الوطء وينزل ماء رقيقاً فيصح إيلاؤه وكذلك المحبوب الذي بقي من ذكره ما يمكن الجماع به

﴿مسئلة﴾ (ولا يصح إيلاء الصبي والمجنون)

لأن القلم مرفوع عنها ولأنه قول يجب بمخالفته كفارة أو حق فلم ينعقد منها كالنذر

(فصل) وإذا انقضت المدة فلها المطالبة بالقيمة إن لم يكن عذر فإن طالبت فطالبها المهرال فإن لم يكن له عذر لم يهرل لانه حق توجه عليه لا عذر له فيه فلم يهرل به كالدين الحال ولان الله تعالى جعل المدة أربعة أشهر فلا تجوز الزيادة عليها بغير عذر وإنما يؤخر قدر ما يتمكن من الجماع في حكم العادة فإنه لا يلزمه الوطء في مجاسه وليس ذلك بامهال، فإن قال أمهلوني حتى آكل فاني جائع أو ينهضم الطعام فاني كظيظ أو أصلي الفرض أو أفطر من صومي أمهل بقدر ذلك فإنه يعتبر أن يصير الى حال يجامع في مثلها في العادة وكذلك يهرل حتى يرجع الى بيته لان العادة فعل ذلك في بيته، وإن كان لها عذر يمنع من وطئها لم يكن لها المطالبة بالقيمة لان الوطء ممتنع من جهتها لم يكن لها مطالبة بما يمنعه منه ولان المطالبة مع الاستحقاق وهي لا تستحق الوطء في هذه الاحوال وليس لها المطالبة بالطلاق لانه إنما يستحق عند امتناعه من القيمة الواجبة ولم يجب عليه شيء ولكن تتأخر المطالبة الى حال زوال العذر ان لم يكن العذر قاطعاً للمدة كالحيض أو كان العذر حدث بعد انقضاء المدة

(فصل) فإن عفت عن المطالبة بعد وجوبها فقال بعض أصحابنا يسقط حقها وليس لها المطالبة بعده وقال القاضي هذا قياس المذهب لانها رضيت باسقاط حقها من الفسخ اهدم الوطء فسقط حقها منه كمرأة العنين اذا رضيت بعنته، ويحتمل أن لا يسقط حقها ولها المطالبة متى شاءت وهذا مذهب الشافعي لانها ثبتت لرفع الضرر بترك ما يتجدد مع الاحوال فكان لها الرجوع كما لو أفسر بالنفقة فغفرت عن المطالبة بالفسخ ثم طالبت، وفارق الفسخ للعنة فإنه فسخ اعيبه فتنى رضيت بالعيب سقط حقها كما لو عفا المشتري عن عيب المبيع، وان سكنت عن المطالبة ثم طالبت بعد فلها ذلك لان حقها يثبت على التراخي فلم يسقط بتأخير المطالبة كاستحقاق النفقة

(فصل) والامة كالحرّة في استحقاق المطالبة سواء عفا السيد عن ذلك أو لم يعف لان الحق

﴿مسئلة﴾ (وفي إيلاء السكران وجهان) بناء على طلاقه

(فصل) ولا يشترط في صحة الإيلاء الغضب ولا قصد الاضرار روي ذلك عن ابن مسعود، وبه قال الثوري والشافعي وأهل العراق وابن المنذر وروي عن علي رضي الله عنه ليس في إصلاح إيلاء، وعن ابن عباس قال: إنما الإيلاء في الغضب ونحوه عن الحسن والنخعي وقتادة، وقال مالك والاوزاعي وأبو عبيد من حلف لا يطاء زوجته حتى تقطم ولده لا يكون إيلاء إذا أراد الإصلاح لولده

ولنا عموم الآية ولانه مانع لنفسه من جماعها بيمينه فكان مولى كحال الغضب، يحققة أن حكم الإيلاء ثبت لحق الزوجة فيجب أن يثبت سواء قصد الاضرار أو لم يقصد كاستيفاء ديونها وانلاف مالها ولان الطلاق والظهار وسائر الايمان سواء في الغضب والرضا فكذلك في الإيلاء، وأما إذا حلف أن لا يطاءها حتى تقطم ولده فإذا أراد وقت الفطام وكانت مدته تزيد على أربعة أشهر فهو مؤل

لها حيث كان الاستمتاع يحصل لها فان تركت المطالبة لم يكن لمولائها الطلأ لانه لاحق له ، فان قيل حقه في الولد ولهذا لم يجز العزل عنها الا باذنه ، قلنا لا يستحق على الزوج استيلاء المرأة ولذلك لو حلف ليعزلان عنها أو لا يستولدها لم يكن موليا ، ولو أن المولي وطئ بحيث يوجد النقاء الختائين حصلت الفدية وزالت عنه المطالبة وان لم ينزل وإنما استؤذن السيد في العزل لانه يضر بالامة فربما نقص قيمتها

(فصل) فان كانت المرأة صغيرة او مجنونة فليس لها المطالبة لان قولها غير معتبر وليس لوليها المطالبة لها لان هذا طريقه الشهوة فلا يقوم غيرها مقامها فيه ، فان كانتا ممن لا يمكن وطؤهما لم يحسب عليه بالمدة لان المنع من جهنهما ، وان كان وطؤهما ممكنا فان أفادت المجنونة او بالغت الصغيرة قبل انقضاء المدة تمت المدة ثم لها المطالبة ، وان كان ذلك بعد انقضاء المدة فلها المطالبة يومئذ لان الحق لها ثابت وانما تأخر لعدم امكان المطالبة ، وقال الشافعي لا تضرب المدة في الصغيرة حتى تبلغ ، وقال ابو حنيفة تضرب المدة سواء أمكن الوطء أو لم يمكن الوطء فان لم يمكن فاء بلسانه والا بانت بانقضاء المدة وكذلك الحكم عنده في الناشز والرتقاء والقرناء والتي غابت في المدة لان هذا ايلاء صحيح فوجب أن تتبعه المدة كالتي يمكنه جماعها

ولنا ان حقها من الوطء يسقط بتعذر جماعها فوجب أن تسقط المدة المضروبة له كما يسقط أجل الدين بسقوطه ، وأما التي أمكنه جماعها فتضرب له المدة في حقها لانه ايلاء صحيح ممن يمكنه جماعها فتضرب له المدة كالبالغة ، ومتى قصد الاضرار بها بترك الوطء أتم ويستحب أن يقال له اتق الله فاما أن نقيء واما أن تطاق فان الله تعالى قال (وعائروهن بالمعروف) وقال تعالى (فامسك بمعروف أو تسريح بإحسان) وليس الاضرار من المعاشرة بالمعروف

وإن أراد فعل الفطام لم يكن مولياً لانه يمكن قبل اربعة أشهر وليس بمحرم ولا فيه تقويت حق لها فلم يكن مولياً كما لو حلف أن لا يطأها حتى تدخل الدار

﴿مسئلة﴾ (ومدة الايلاء في الاحرار والرقيق سواء ، وعنه أنها في العبد على النصف)

يصح لإيلاء العبد كما يصح من الحر قياساً عليه ولدخوله في عموم الآية ولا تختلف مدته فلا فرق بين الحرية والمسئمة والذمية والامة والصغيرة والكبيرة في ظاهر المذهب وهو قول الشافعي وابن المنذر . وعن أحمد رواية أخرى أن مدة الايلاء للعبد شهران وهو اختيار أبي بكر وقول عطاء والزهري ومالك واسحاق لانهم على النصف في الطلاق وعدد المنكوحات فكذلك في الايلاء . وقال الحسن والشعبي لإيلاء من الامة شهران ومن الحرية أربعة وقال أبو حنيفة لإيلاء الامة نصف إيلاء الحرية لان ذلك يتعلق به بينونة فاختلاف بالرق والحرية كالطلاق ولانها مدة ثبت ابتداءها بقول الزوج فوجب أن تختلف برق الامة وحريتها كمدة العنة

ولنا عموم الآية ولاها مودة ضربت للوطء فاستوى فيها الرق والحرية ، ولا نسلم أن بينونة تتعلق بها

(مسئلة) قال (والفيئة الجماع)

ليس في هذا اختلاف بحمد الله قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الفيئة الجماع كذلك قال ابن عباس، وروى ذلك عن علي وابن مسعود وبه قال مسروق وعطاء والشعبي والنخعي وسعيد بن جبير والثوري والاوزاعي والشافعي وأبو عبيدة وأصحاب الرأي إذا لم يكن عذر وأصل الفيئة الرجوع ولذلك يسمى الظل بعد الزوال فيئاً لأنه رجع من المغرب إلى المشرق فسمي الجماع من المولي فيئة لأنه رجع إلى فعل مآركه، وأدنى الوطء الذي تحصل به الفيئة أن تغيب الحشفة في الفرج فإن أحكام الوطء تتعلق به، ولو وطء دون الفرج أو في الدبر لم يكن فيئة لأنه ليس بمحلول على تركه ولا يزول الضرر بفعله

(فصل) وإذا فاء لزمته الكفارة في قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن زيد وابن عباس وبه قال ابن سيرين والنخعي والثوري وقنادة ومالك وأهل المدينة وأبو عبيد وأصحاب الرأي وابن المنذر وهو ظاهر مذهب الشافعي وله قول آخر لا كفارة عليه وهو قول الحسن، وقال النخعي كانوا يقولون ذلك لأن الله تعالى قال (فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم) قال قنادة هذا خاف الناس يعني قول الحسن ولنا قول الله تعالى (واسكن) يؤخذكم بما عقدتم الإيمان فكفارتها اطعام عشرة مساكين - الآية إلى قوله - ذلك كفارة إيمانكم إذا حلفتم) وقال سبعمائة (قد فرض الله لكم تحلة إيمانكم) وقال النبي ﷺ «إذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها فأتيت الذي هو خير وكفر عن يمينك» متفق عليه ولأنه حال حانت في يمينه فلزمته الكفارة كما لو حلف على ترك فريضة ثم فعلها والغزوة لأنافي الكفارة فإن الله تعالى قد غفر لرسوله ﷺ ما تقدم من ذنبه وما تأخر وقد كن يقول «إني والله لا أحلف على يمين فأرى غيرها خيراً منها إلا أتيت الذي هو خير وتحملنها» متفق عليه

ثم يبطل ذلك بعدة العنة وبخالف مدة العدة لأن العدة مبينة على الكمال بدليل أن الاستبراء يحصل بقره واحد، وأما مدة الإيلاء فإن الاستمتاع بالحرية أكثر وكان ينبغي أن تتقدم مطالبتها بمطالبة الإامة والحق على الحر في الاستمتاع أكثر منه على العبد ولا تجوز الزيادة عليه في مطالبة العبد عليه

(مسئلة) (ولا حق لسيد الإامة في طاب الفيئة والعفو عنها وإنما ذلك اليها)

وجملة ذلك أن الحرية والإامة سواء في استحقاق المطالبة سواء عفا السيد عن ذلك أو لم يعف لأن الحق لها لأن الاستمتاع يحصل لها فإن تركت المطالبة لم يمكن لمولاها الطلب، ولأنه لا حق له، فإن قيل حقه في الولد ولهذا لم يجز العزل عنها إلا باذنه، قلنا لا يستحق على الزوج استيلاء المرأة ولذلك لو حلف ليعزل عنها أو لا يستولدها لم يكن مولى ولو أن المولي وطئ بحيث يوجب التقاء الحتانين وجبت الفيئة وزالت عنه المطالبة وإن لم ينزل وإنما استؤذن السيد في العزل لأنه يضر بالإامة فربما نقص قيمتها ولنا في وجوب استئذانه منع

(فصل) وان كان الایلاء بتعلق عتق او طلاق وقع بنفس الوطاء لانه معلق بصفة وقد وجدت وان كان على نذر او عتق او صوم او صلاة او صدقة او حج او غير ذلك من الطاعات او المباحات فهو مخير بين الوفاء به وبين كفارة يمين لانه نذر لجأج وغضب فهذا حكمه ، وان علق طلاقها الثلاث بوطئها لم يؤمر بالفیئة وأمر بالطلاق لان الوطاء غير ممكن لكونها تبين منه بالیلاج الحشفة فيصير مستمعا بأجنبية وهذا قول بعض أصحاب الشافعي ، وأكثروا قالوا تجوز الفیئة لان النزع ترك للوطاء وترك الوطاء ليس بوطاء ، وقد ذكر القاضي ان كلام احمد يقتضي روايتين كذا في الوجهين ، واللاق بمذهب احمد تحريمه لوجه ثلاثة (أحدها) ان آخر الوطاء حصل في أجنبية كما ذكرنا فان النزع يلتزم به كما يلتزم بالیلاج فيكون في حكم الوطاء ولذلك فلما فيمن طلع عليه الفجر وهو مجامع فنزع انه يفطر والتحريم ههنا أولى لان الفطر بالوطاء ويمكن منع كون النزع وطئا ، والمحرم ههنا الاستمتاع والنزع استمتاع فكان محرما ، ولان لمسها على وجه التلذذ بها محرم فامس الفرج بالفرج أولى بالتحريم ، فان قيل فهذا انما يحصل ضرورة ترك الوطاء المحرم قلنا فاذا لم يمكن الوطاء الا بفعل محرم حرم ضرورة ترك الحرام كما لو اخلط لحم الخنزير بلحم مباح لا يمكنه أكله ، الا بأكل لحم الخنزير وحرم ، ولو اشتبهت ميتة بمذكاة او امرأته بأجنبية حرم السك

(الوجه الثاني) انه بالوطاء يحصل الطلاق بعد الاصابة وهو طلاق بدعة ، وكما يحرم إيقاعه باسانه يحرم تحقيق سببه (الثالث) ان يتم به طلاق البدعة من وجه آخر وهو جمع الثلاث فان وطئ فاعليه أن ينزع حين يولج الحشفة ولا يزيد على ذلك ولا يلبث ولا يتحرك عند النزع لانها أجنبية فاذا فعل ذلك فلا حد ولا مهر لانه تارك للوطاء ، وان ابث او تم الایلاج فلا حد عليه لئلا تكن الشبهة منه لكونه وطأ بعضه في زوجته ، وفي المهر وجهان (أحدهما) يلزمه لانه حصل منه وطء محرم في

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (وإذا صح الایلاء ضربت له مدة أربعة أشهر)

وجملة ذلك أن المولي يتربص أربعة أشهر كما أمر الله تعالى ولا يطالب بالوطء فيهن فاذا مضت أربعة أشهر ورافعه امرأته الى الحاكم أمره بالفیئة فان أبى أمره بالطلاق ولا تطلق زوجته بمضي المدة قال أحمد في الایلاء يوقف عن الأكبر من أصحاب رسول الله ﷺ عن عمر ما يدل على ذلك وعن عثمان وعلي وجعل يثبت حديث علي وبه قال ابن عمر وعائشة وروى ذلك عن أبي الدرداء وقال سليمان ابن يسار كان تسعة عشر رجلا من أصحاب محمد ﷺ يوقفون في الایلاء وقال سهيل بن أبي صالح سألت اثنى عشر من أصحاب النبي ﷺ فقالهم يقول ليس عليه شيء حتى يمضي أربعة أشهر فيوقف فان فاء وإلا طلق وبه قال سعيد بن المسيب وعروة ومجاهد وطلوس ومالك والشافعي واسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وابن المنذر .

وقال ابن مسعود وابن عباس وعكرمة وجابر بن زيد وعطاء ومسروق والحسن وقبيصة والنخعي

محل غير مملوك فأوجب المهر كما لو أوجع بعد النزع (والثاني) لا يجب لانه تابع الإبلاج في محل مملوك فكان تابعا له في سقوط المهر ، وان نزع ثم أوجع وكانا جاهلين بالتحريم فلا حد عليهما وعليه المهر لما يلحقه النسب ، وان كانا عالين بالتحريم فعليهما الحد لانه إبلاج في أجنبية بغير شبهة فأشبهه ماله طائها ثلاثا ثم وطئها ولا مهر لها لانها مطاوعة على الزنا ولا يلحقه النسب لانه من زنا لا شبهة فيه .

وذكر الشافعي وجها انه لا حد عليهما لان هذا مما يخفى على كثير من الناس وهو وجه لأصحاب الشافعي ، والصحيح الاول لان الكلام في العالمين وليس هو في مظنة الخفاء فان أكثر المسلمين يعلمون ان الطلاق الثلاث محرم للمرأة ، وان كان أحدهما عالما والآخر جاهلا نظرت فان كان هو العالم فعليه الحد ولما المهر ولا يلحقه النسب لانه زان محدود ، وان كانت هي العالمة دونه فعليها الحد وحدها ولا مهر لها والنسب لاحق بالزوج لان وطأه وطء شبهة

(فصل) وان قال ان وطئك فأنت علي كظهر أمي فقال احمد لا يقر بها حتى يكفر وهذا نص في تحريمها قبل التكفير وهو دليل على تحريم الوطء في المسئلة التي قبلها بطريق القبية لان المطابقة ثلاثا أعظم تحريما من المظاهر منها واذا وطئ ههنا فقد صار مظاهرا من زوجته وزال حكم الايلاء ، ويحتمل أن أحمد انما أراد اذا وطئها مرة فلا يطؤها حتى يكفر لسكونه صار بالوطء مظاهرا اذ لا يصح تقديم الكفارة على الظهار لانه سببها ولا يجوز تقديم الحكم على سببه ، ولو كفر قبل الظهار لم يجزئه ، وقد روى اسحاق قال قلت لأحمد فيمن قال لزوجته أنت علي كظهر أمي ان قربتك الى سنة قل ان جاءت تطالب فليس له أن يعضلها بعد مضي الاربعة اشهر يقال له اما ان نفى واما أن تطاق فان وطئها فتد وجب عليه كفارة وان أبي وأرادت مفارقتها طأها الحاكم عليه ، فينبغي أن تحمل الرواية الاولى على المنع من الوطء بعد الوطء الذي صار به مظاهرا لما ذكرناه فتكون الروايتان متفقتين والله تعالى أعلم

والاوضاعي وان أبي ليلى وأصحاب الرأي : إذا مضت أربعة أشهر فهي تطليقة بائنة . وروي ذلك أيضاً عن علي وعثمان وزيد وابن عمر وروي عن أبي بكر بن عبد الرحمن ومكحول والزهري تطليقة رجعية . ويحكى عن ابن مسعود أنه كان يقرأ (فان فاءوا فيهن فان الله غفور رحيم) ولان هذه مدة ضربت لاستدعاء الفعل منه فكان ذلك في المدة كمدة العنة

ولما قول الله تعالى (للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر) لذكروا الفئدة بعدها بالفاء المقتضية للتعقيب ثم قال (وان عزموا الطلاق فان الله سميع) ولو وقع بمضي المدة لم يحتج الى عزم عليه وقوله سميع علم يقضي ان الطلاق مسموع ولا يكون المسموع الا كلاما ولانها مدة ضربت له تأجيلا فلم يستحق المطالبة فيها كسائر الآجال ولان هذه مدة لم يتقدمها ايفاع فلم يتقدمها وقوع كمدة العنة ومدة العنة حجة لنا فان الطلاق لا يقع بمضيها ولان مدة العنة ضربت له ليحتمل فيها ويعرف عجزه عن الوطء بتركه في مدتها وهذه ضربت تأخير ألها وتأجيلا فلا تستحق المطالبة الا بمضي الاجل كالدين

(مسألة) قال (أو يكون له عذر من مرض أو احرام أو شيء لا يمكن معه الجماع) فيقول متى قدرت جامعها فيكون ذلك من قوله فيئة للعذر)

وجملة ذلك أنه إذا مضت المدة وبالمولي عذر يمنع الوطء من مرض أو حبس بغير حق أو غيره لزمه أن يفيء بإسائه فيقول متى قدرت جامعها ونحو هذا ومن قال يفيء بإسائه إذا كان ذا عذر ابن مسعود وجابر بن زيد والنخعي والحسن والزهرري والثوري والاوزاعي وعكرمة وأبو عبيد وأصحاب الرأي ، وقال سعيد بن جبير لا يكون الفيء إلا الجماع في حال العذر وغيره وقال أبو ثور إذا لم يقدر لم يوقف حتى يصح أو يصل أن كان غائبا ولا تلزمه الفية بإسائه لأن الضرر بترك الوطء لا يزول بالقول وقال بعض الشافعية يحتاج أن يقول قد ندمت على ما فعلت وإن قدرت وطئت

ولنا أن الفصد بالفية ترك ما قصده من الاضرار وقد ترك قصد الاضرار بما أتى به من الاعتذار والقول مع العذر يقوم مقام فعل القادر بدليل أن اشهاد الشفيع على الطالب بالشفعة عند العجز عن طلبها يقوم مقام طلبها في الحضور في اثباتها ولا يحتاج أن يقول ندمت لأن الغرض أن يظهر رجوعه

(فصل) وابتداء المدة من حين اليمين ولا تقتصر الى ضرب مدة لأنها ثبت بالنص والاجماع فلا تقتصر الى ضرب كمدة العدة ولا يطالب بالوطء فيها لما ذكرنا
(مسألة) (فان كان بالرجل عذر يمنع الوطء احتسبت عليه بمدة وإن كان ذلك نهاية لم يحتسب عليه وإن طرأ بها استؤنفت المدة عند زواله)

يعنى إذا انقضت المدة وكان بالرجل عذر يمنع الوطء كحبسه واحرامه حسبت عليه المدة من حين إبلائه لأن المانع من جهته وقد وجد التمكين الذي عليها ولذلك لو أمكنه من نفسها وكان ممتنعا لعذر وجبت لها النفقة وإن طرأ شيء من هذه الا عذار بعد الايلاء أو جن لم تقطع المدة للمعنى الذي ذكرناه وإن كان المانع من جهتها كصغرها ومرضها وحبسها وصيامها واعتكافها المفروضين واحرامها وغيبها فإن وجد منها حال الايلاء لم تضرب له المدة حتى يزول لأن المدة تضرب لامتناعه من وطئها والمنع ههنا من قبلها وإن طرأ بها شيء من هذه الاسباب استؤنفت المدة ولم تبني على ما مضى لأن قوله سبحانه (تربص أربعة أشهر) يقتضي متوالية فاذا قطعتها وجب استئنافها كمدة الشهرين في صوم الكفارة

(مسألة) (الا الحيض فانه يحتسب عليه بمدة وفي النفاس وجهان)
قد ذكرنا أن المانع إذا كان من جهتها لا يحتسب عليه الا الحيض فانه يحتسب عليه ولا يمنع ضرب المدة إذا كان موجودا وقت الايلاء لأنه لو منع لم يمكن ضرب المدة لأن الحيض في الغالب لا يخلو منه شهر فيؤدي ذلك الى اسقاط حكم الايلاء وإن طرأ الحيض لم تقع المدة لما ذكرناه والنفاس مثل الحيض
(المغني والشرح الكبير) (٦٨) (الجزء الثامن)

عن المقام على اليمين وقد حصل بظهور عزمه عليه وحكى أبو الخطاب عن القاضي أن فية المعذور أن يقول فنت اليك وهو قول الثوري وأبي عبيد وأصحاب الرأي والذي ذكر القاضي في المجرى مثل ما ذكر الخرقى وهو أحسن لأن وعده بالفعل عند القدرة عليه دليل على ترك قصد الاضرار وفيه نوع من الاعتذار واخبار بازائه للضرر عند امكانه ولا يحصل بقوله فنت اليك شيء من هذا فأما العاجز لجب أو شلل ففيمته أن يقول لو قدرت لجامعتها لأن ذلك يزيل ما حصل بإيلائه

(فصل) والاحرام كالمرض في ظاهر قول الخرقى وكذلك على قياسه الاعتكاف المنذور والمظاهر وذكر أصحابنا أن المظاهر لا يهمل ويؤمر بالطلاق فيخرج من هذا أن كل عذر من فعله يمنعه الوطء لا يهمل من أجله وهو مذهب الشافعي لأن الاعتناع بسبب منه فلا يسقط حكما وأجبا عليه فعلى هذا لا يؤمر بالوطء لأنه محرم عليه ولكن يؤمر بالطلاق ، ووجه القول الأول أنه عاجز عن الوطء بأمر لا يمكنه الخروج منه فأشبهه المريض فأما المظاهر فيقال له إما أن تكفرو وتفي ، وإما أن تطلق فإن قال أمهلوني حتى أطلب رقبة أو أطمع فإن علم أنه قادر على التكفير في الحال وإنا بقصد المدافعة والتأخير لم يهمل لأن الحق حال عليه وإنه يهمل للحاجة ولا حاجة وإن لم يهمل ذلك أمهل ثلاثة أيام لأنها قربية ولا يزداد على ذلك وإن كان فرضه الهيام

في أحد الوجهين لأن أحكامه أحكام الحيض (والثاني) هو كسائر الاعتذار التي من جهتها لأنه نادر غير معتاد فأشبهه سائر الاعتذار فأما إن جنت وهربت من يده انقطعت المدة وإن بقيت في يده وأمكنه ووطؤها احتسب عليه بها فإن قيل فهذه الأسباب منها ما لا صنع لها فيه فلا ينبغي أن يقطع المدة كالحيض قلنا إذا كان المنع لمعني فيها فلا فرق بين كونه بفعالها أو بغير فعالها كما أن البائع إذا تعذر عليه تسليم المعقود عليه لم توجه له المطالبة بعوضه سواء كان لعذر أو لغير عذر وإن آلى في الردة لم تضرب له المدة إلا من حين رجوع المرتد منها إلى الإسلام فإن طرأت الردة في أثناء المدة انقطعت لأن النكاح قد تشعث وحرم الوطء فإن عاد إلى الإسلام استؤنفت المدة سواء كانت الردة منهما أو من أحدهما وكذلك إن أسلم أحد الزوجين الكافرين أو خالها ثم تزوجها

(مسئلة) (وإن طلقها في أثناء المدة انقطعت)

لأنها صارت بمنوعة بغير اليمين فانقطعت المدة كما لو كان الطلاق بائنا سواء بانث بفسخ أو طلاق ثلاث أو بخلع أو بانقضاء عدتها من الطلاق الرجعي لأنها صارت أجنبية منه ولم يبق شيء من أحكام نكاحها فإن عاد فتزوجها عاد حكم الإيلاء من حين تزوجها وكذلك إن كان الطلاق رجعيا فراجعها استؤنفت المدة كما لو كان الطلاق بائنا فتزوجها فإن كان الباقي من مدة يمينه أربعة أشهر فما دون لم يثبت حكم الإيلاء لأن مدة التربص أربعة أشهر وإن كان أكثر من أربعة أشهر تربص أربعة أشهر ثم وقف لها فأما إن يفيء أو يطلق فإن لم يطلق طلق عليه الحاكم وهذا قول مالك وقال أبو حنيفة إن كان الطلاق أقل من ثلاث ثم تركها حتى انقضت عدتها ثم نكحها عاد الإيلاء وإن استوفى عدد الطلاق لم يعد الإيلاء

فطالب الامهال ليصوم شهرين متتابعين لم يهل لانه كثير ، ويتخرج أن يفي . باسائه فيئة المعذور ويعمل حتى يصوم كقولنا في المحرم ، فان رطها فقد عصى وانحل ايلاؤه ولها منعه منه لان هذا الوط محرم عليهما وقال القاضي : يلزمها التمكن وان امتنعت سقط حقها لان حقها في الوط . وقد بذله لها ، ومتى وطئها فقد وفاها حقها والتحرير عليه دونها

ولنا أنه وط . حرام فلا يلزم التمكن منه كالوط . في الحيض والنفاس وهذا يفتى دليلهم ، ولا نسلم كون التحريم عليه دونها فان الوط . متى حرم على أحدهما حرم على الآخر لكونه فعلا واحدا ، ولو جاز اختصاص أحدهما بالتحريم لاختصت المرأة بتحريم الوط . في الحيض والنفاس وإحرامها وصيامها لاختصاصها بسببه (فصل) وان انقضت المدة وهو محبوس بحق يمكن أدائه طواب بالفية لانه قادر عليها بأداء ما عليه فان لم يفعل أمر بالطلاق ، وان كان عاجزا عن أدائه أو حبس ظلما أمر بفية المعذور ، وان انقضت وهو غائب والطريق آمن فلها أن توكل من يطالبه بالمسير اليها أو حملها اليه فان لم يفعل أخذ بالطلاق وان كان الطريق مخوفا أو له عذر يمنعه فالفية المعذور

(فصل) فان كان مغلوبا على عقله بمنون أو إغواء لم يطالب لانه لا يصلح للخطاب ولا يصح

لان حكم النكاح الاول زال بالكلية ولهذا ترجع اليه في طلاق ثلاث فصار ايلاؤه في النكاح الاول كايلائه من اجنبية وقال أصحاب الشافعي يحصل من أقواله ثلاثة أقاويل قولان كالمذهبين وقول ثالث لا يعود حكم الايلاء بحال وهو قول ابن المنذر لانها صارت بحال لو آلى منها لم يصح ايلاؤه فبطل حكم الايلاء منها كالمطلقة ثلاثا

ولذا انه ممتنع من وطئه امرأته يمين في حال نكاحها فثبت له حكم الايلاء كما لو لم يطلق وفارق الايلاء من الاجنبية فانه لا يقصد باليمين عليها الاضرار بها بخلاف مسئلتنا

(فصل) فان آلى من امرأته الامة ثم اشتراها ثم اعتقها وتزوجها عاد الايلاء ولو كان المولي عبدا فاشترته امرأته ثم اعتقته وتزوجته عاد الايلاء ولو بان الزوجة بردة أو اسلام من أحدهما أو غيره ثم تزوجها تزويجا جديدا عاد الايلاء وتستأنف المدة في جميع ذلك سواء عادت اليه بعد زوج ثان أو قبله لان اليمين كانت منه في حال الزوجية فبقي حكمها ما وجدت الزوجية وهكذا لو قال لزوجته ان دخلت الدار والله لا جامعك ثم طاقها ثم نكحت غيره ثم تزوجها عاد حكم الايلاء لان الصفة المعقودة في حال الزوجية لا تتحل بزوال الزوجية فان دخلت الدار في حال البينونة ثم عاد فتزوجها لم يثبت حكم الايلاء في حقه لان الصفة وجدت في حال كونها اجنبية ولا ينعقد الايلاء بالخلف على الاجنبية بخلاف ما إذا دخلت وهي امرأته

❦ مسألة ❧ (وان انقضت المدة وبها عذر يمنع الوطئه لم تملك طلب الفية)

لان الوطئه ممتنع من جهتها فلم يكن لها مطالبة بما تمنعه منه ولان المطالبة مع الاستحقاق وهي

منه الجواب وتتاخر المطالبة إلى حال القدرة وزوال العذر ثم بطالب حينئذ ، وإن كان محبوباً وقلنا يصح إيلأؤه فإه فيئة المعذور فيقول لو قدرت جامعها

(فصل) وإذا انقضت المدة فادعى أنه عاجز عن الوطء ، فإذا كان قد وطئها مرة لم تسمع دعواه العنة كما لا تسمع دعواها عليه ويؤخذ بالفيئة أو بالطلاق كغيره وإن لم يكن وطئها ولم تكن حاله معروفة فقال القاضي تسمع دعواه ويقبل قوله لأن التعنين من العيوب التي لا يقف عليها غيره ، وهذا ظاهر نص الشافعي ، ولها أن تسأل الحاكم فيضرب له مدة العنة بعد أن يفي . فيئة أهل الاعذار وفيه وجه آخر أنه لا يقبل قوله لأنه متهم في دعوى ما يستقط عنه حقاً توجه عليه الطلب به والأصل سلامته منه ، وإن ادعت أنه قد أصابها مرة وأنكر ذلك لم يكن لها المطالبة بضرب مدة العنة لاعترافها بعدم عنته والقول قوله في عدم الإصابة

﴿مسئلة﴾ قال (فتى قدر فلم يفعل أمر بالطلاق)

وجملة الأمر أن المولي إذا وقف وطواب بالفيئة وهو قادر عليها فلم يفعل أمر بالطلاق ، وهذا

لا تستحق الوطء في هذه الأحوال وليس لها المطالبة بالطلاق لأنه إنما يستحق عند امتناعه ولم يجب عليه شيء ولكن تتأخر المطالبة إلى حال زوال العذر وإن لم يكن العذر قاطعاً للمدة كالخيس أو كان العذر حدث بعد انقضاء المدة

﴿مسئلة﴾ (وإن كان العذر به وهو مما يعجز به عن الوطء من مرض أو حبس بغير حق أو غيرهم لزمه أن يفي بلسانه)

فيقول متى قدرت جامعك أو نحو هذا ومن قال يفي بلسانه إذا كان ذاعذر ابن مسعود وجابر بن زيد والتخمي والحسن والزهرى والأوزاعي وعكرمة وأبو عبيد وأصحاب الرأي وقال سعيد بن جبير لا يكون الفيء إلا الجماع في حال العذر وغيره وقال أبو ثور إذا لم يقدر لم يوقف حتى يصح أو يصل إن كان غائباً ولا تلزمه الفيئة بلسانه لأن الضرر ترك الوطء ولا يزول بالقول وقال بعض الشافعية يحتاج أن يقول قد ندمت على ما فعلت وإن قدرت وطئت

ولنا أن القصد بالفيئة ترك ما قصد بنفس الأضرار وقد ترك قصد الأضرار بما أتى به من الاعتذار والقول مع العذر يقوم مقام فعل القادر بدليل أن أشهاد الشفيع على الطالب بالشفعة عند العجز عن طلبها يقوم مقام طلبها عند الحضور في إثباتها ولا يحتاج أن يقول ندمت لأن الغرض أن يظهر رجوعه عن المقام على اليمين وقد حصل بظهور عزمه عليه وحكى أبو الخطاب عن القاضي أن فيئة المعذور أن يقول فتت اليك وهو قول الثوري وأبي عبيد وأصحاب الرأي والذي ذكره القاضي في الجرد مثل ما ذكره الحرقي وهو أحسن لأن وعده بالفعل عند القدرة عليه دليل على ترك قصد الأضرار وفيه نوع من الإعتذار وإخبار

قول كل من يقول يوقف المولي لان الله تعالى قال (فامساك بمعروف أو تسريح بإحسان) فاذا امتنع من أداء الواجب لها عليه فقد امتنع من الامساك بالمعروف فيؤمر بالتسريح بالإحسان وان كان معذوراً ففاء بلسانه ثم قدر على الوطء أمر به فان فعل والأمر بالطلاق وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو بكر : إذا فاء بلسانه لم يطالب بالفيئة مرة أخرى وخرج من الإيلاء وهو قول الحسن وعكرمة والاوزاعي لانه فاء مرة فخرج من الإيلاء ولم تلزمه فيئة ثانية كما لو فاء بالوطء ، وقال أبو حنيفة تستأنف له مدة الإيلاء لانه وفاها حقها بما أمكنه من الفيئة فلا يطالب إلا بعد استئناف مدة الإيلاء كما لو طلقها

ولنا انه آخر حقها لعجزه عنه فاذا قدر عليه لزمه أن يوفيها إياه كالدين على المعسر إذا قدر عليه وما ذكره فليس بحقها ولا يزول الضرر عنها به وإنما وعدّها بالوفاء ولزمها الصبر عليه وإنكاره كالغريم المعسر (فصل) وليس على من فاء بلسانه كفارة ولا حنث لانه لم يفعل المحلوف عليه وإنما وعد بفعله فهو كمن عليه دين حلف أن لا يوفيه ثم أعسر به فقال متى قدرت وفيته

(مسألة) قال (فان لم يطلق طلق الحاكم عليه)

وجملة الأمر ان المولي إذا امتنع من الفيئة بعد التربص أو امتنع المخذور من الفيئة بلسانه أو امتنع من الوطء بعد زوال عذره أمر بالطلاق فان طلق وقع طلاقه الذي أوقعه واحدة كانت أو

بإزالته الضرر عند امكانه ولا يحصل بقوله فتت اليك شيء من هذا فأما العاجز لجب أو شلل فقيسته ان يقول لو قدرت لجأمتها لان ذلك يزيل ما حصل بإيلائه والاحرام كالمرض في ظاهر قول الحراقي وكذلك على قياسه الاعتكاف المنذور والظهار ومتى قدر على الفيئة وهي الجماع طولب به لانه تأخر للعذر فاذا زال العذر طولب به كالدين الحال فان لم يفعل أمر بالطلاق وهذا قول كل من يقول يوقف المولي لان الله تعالى قال (فامساك بمعروف أو تسريح بإحسان) فاذا امتنع من أداء الواجب عليه فقد امتنع من الامساك بالمعروف فيؤمر بالتسريح بالإحسان فان كان قد فاء بلسانه في حال العذر ثم قدر على الوطء أمر به فان فعل والأمر بالطلاق وهذا قول الشافعي وقال أبو بكر اذا فاء بلسانه لم يطالب بالفيئة مرة أخرى وخرج من الإيلاء وهو قول الحسن وعكرمة والاوزاعي لانه فاء مرة فخرج من الإيلاء ولم تلزم فيئة ثانية كما لو فاء بالوطء وقال أبو حنيفة تستأنف له مدة الإيلاء لانه وفاها حقها بما أمكنه من الفيئة فلا يطالب إلا بعد استئناف مدة الإيلاء كما لو طلقها

ولنا أنه آخر حقها لعجزه عنه فاذا قدر عليه لزمه ان يوفيها إياه كالدين على المعسر إذا قدر عليه وما ذكره فليس بحقها ولا يزال الضرر عنها وإنما وعدّها بالوفاء فلزمها الصبر عليه وانظاره كالغريم المعسر .

أكثر ، وليس للحاكم إجباره على أكثر من طائفة لأنه يحصل الوفا بحقتها بها فإنه يفضي إلى البينونة والتخلص من ضرره ، وإن امتنع من الطلاق طلق الحاكم عليه وبهذا قال مالك ، وعن أحمد رواية أخرى ليس للحاكم الطلاق عليه لأن ماخير الزوج فيه بين أمرين لم يقم الحاكم مقامه فيه كالاختيار لبعض الزوجات في حق من أسلم وتحتة أكثر من أربع نسوة أو أختان . فعلى هذا يحبس ويضيق عليه حتى يفي . أو يطلق ولاشافه قولان كالروايتين

ولنا أن ما دخلته النية وتعين مستحقه وامتنع من هو عليه قام الحاكم مقامه فيه كقضاء الدين وفارق الاختيار فإنه ما تعين مستحقه وهذا أصح في المذهب . وليس للحاكم أن يأمر بالطلاق ولا يطلق إلا أن تطلب المرأة ذلك لأنه حق لها وإنما الحاكم يستوفي لها الحق فلا يكون إلا عند طلبها

(فصل) والطلاق الواجب على المولي رجعي سواء أوقعه بنفسه أو طلق الحاكم عليه وبهذا قال الشافعي قال الأثرم قلت لأبي عبد الله في المولي فإن طلقها قال تكون واحدة وهو أحق بها . وعن أحمد رواية أخرى أن فرقة الحاكم تكون بائنا ، ذكر أبو بكر الروايتين جميعاً

(فصل) وليس على من فاه بإسائه كفارة ولا حنث لأنه لم يفعل الحلو ف عليه وإنما وعد بفعله فهو كمن عليه دين حلف أن لا يوفيه ثم أعسر به فقال متى قدرت وفيته
 ﴿مسئلة﴾ (وإن كان مظاهراً فقال أمهلوني حتى أطلب رقبة أعتقها عن ظهاري أمهل ثلاثة أيام ذكر شيخنا أن الظاهر كالمريض في قياس قول الحرق وكذلك الاعتكاف المنذور ، وقد ذكر أصحابنا أن المظاهر لا يمهل ويؤمر بالطلاق فيخرج من هذا أن كل عذر من فعله يمنع الوطء لا يمهل من أجله وهو مذهب الشافعي لأن الامتناع بسبب منه فلا يسقط حكماً واجبا فعلى هذا لا يؤمر بالوطء لأنه محرم عليه ولكن يؤمر بالطلاق

ووجه القول الأول أنه عاجز من الوطء بأمر لا يمكنه الخروج منه فاشبه المريض . فأما المظاهر فيقال له إما أن تكفر وتقيء وإما أن تطلق فإن قال أمهلوني حتى أطلب رقبة أو أطعم فإن علم أنه قادر على التكفير في الحال وإنما يقصد المدافعة والتأخير لم يمهل لأن الحق حال عليه وإنما يمهل للحاجة وإن لم يعلم أمهل ثلاثة أيام فإنها قريبة ولا يزداد على ذلك وإن كان فرضه الصيام فطاب الامهال ليصوم شهرين متتابعين لم يمهل لأنه كثير ويتخرج أن يفيء بإسائه فيئة المعذور ويمهل حتى يصوم كقولنا في الحرم فإن وطئها فقد عصى وأنحل إيلؤه ولها منعه لأنه وطء محرم عليهما ، وقال القاضي : يلزمها التمكن ، وإن امتنعت سقط حقها في الوطء وقد بذله لها ومتى وطئها فقد وفاها حقها والتحرير عليه دونها .

ولنا أنه وطء حرام فلا يلزم التمكن منه كالوطء في الحيض والنفاس وهذا ينقض دليله ولا نسلم أن التحريم عليه دونها فإن الوطء متى حرم على أحدهما حرم على الآخر لكونه فعلاً واحداً

وقال القاضي المنصرص عن احمد في فرقة الحاكم أنها تكون باثنا فان في رواية الاثرم وقد سئل اذا طلق عليه السلطان أنكون واحدة ؟ فقال اذا طلق فهي واحدة وهو أحق بها فأما تفريق السلطان فليس فيه رجعة ، وقال ابو ثور طلاق المولي بائن سواء طلق هو او طلق عليه الحاكم لانها فرقة لرفع الضرر فكان باثنا كفرقة العنة ، ولانها لو كانت رجعية لم يندفع الضرر لانه يرتجعها فيبقى الضرر ، وقال ابو حنيفة يقع الطلاق بانقضاء العدة باثنا ووجه الاول انه طلاق صادم مدخولا بها من غير عوض ولا استيفاء عدد فكان رجعياً كالطلاق في غير الايلاء ويفارق فرقة العنة لانها تفسخ لعيب وهذه طلقة ، ولانه لو أبيع له ارتجاعها لم يندفع عنها الضرر وهذه يندفع عنها الضرر فانه اذا ارتجعها ضربت له مدة أخرى ولان العنين قد يئس من وطئه فلا فائدة في رجعته وهذا غير عاجز ورجعته دليل على رغبته فيها واقلاعه عن الاضرار بها فافترقا والله أعلم

﴿ مسألة ﴾ قال (فان طلق عليه ثلاثا فهي ثلاث)

وجملة الامر أن المرلي اذا امتنع من الفرية والطلاق معاً وقام الحاكم مقامه فانه يملك من الطلاق

ولو جاز اختصاص أحدهما بالتحريم لاختصت المرأة بتحريم الوطء في الحيض والنفاس واحرامها وصيامها لاختصاصها بسببه

(فصل) وان انقضت المدة وهو محبوس بحق يمكنه أدائه طوباً بالفيئة لانه قادر عليها باداء ما عليه فان لم يفعل أمر بالطلاق وان كان عاجزاً عن أدائه أو حبس ظلماً أمر بفيئة المعذور وان انقضت وهو غائب والطريق آمن فلها أن توكل من يطالبه بالمسير اليها أو حملها اليه فان لم يفعل أخذ بالطلاق وان كان الطريق مخوفاً أوله عذر يمنعه فاء فيئة المعذور

(فصل) فان كان مغلوباً على عقله مجنون أو غمماً لم يطالب لانه لا يصلح للخطاب ولا يصح منه الجواب وتأخر المطالبة الى حال القدرة وزوال العذر ثم يطالب حينئذ

﴿ مسألة ﴾ وان قال أمهلوني حتى أقضي صلاتي أو أتغدي فاني جائع أو حتى ينهضم الطعام أو أنام فاني ناعس أمهل بقدر ذلك

لانه عذر ولا يمهل أكثر من قدر الحاجة كالدين الحال وكذلك ان قال أمهلوني حتى أفطر من صومي أمهل لذلك وان قال أمهلوني حتى أرجع الى بيتي أمهل لان العادة فعل ذلك في بيته

(فصل) فان كانت المرأة صغيرة أو مجنونة فليس لها المطالبة لان قولها غير معتبر وليس لوليها المطالبة لان هذا طريقه الشهوة فلا يقوم غيرها مقامها فيه فان كانتا بمن لا يمكن وطؤهما لم يحتسب عليه بالمدة لان المنع من جهتها وإن كان وطؤهما ممكناً فأفاقت المجنونة أو بلغت الصغيرة قبل انقضاء المدة تمت المدة ثم لها المطالبة وان كان ذلك بعد انقضاء المدة فلها المطالبة يومئذ لان الحق لها

٥٤٤ حكم مالو طاق واحدة وراجع وقد بقي أكثر من أربعة أشهر (المغني والشرح الكبير)

ما يملكه المولي واليه الخيرة فيه إن شاء طلق واحدة وإن شاء اثنتين وإن شاء ثلاثا وإن شاء فسخ قال القاضي هذا ظاهر كلام أحمد وقال الشافعي ليس له إلا واحدة لأن إيفاء الحق يحصل بها فلم يملك زيادة عليها كما لم يملك الزيادة على وفاء الدين في حق الممتنع

ولنا أن الحاكم قائم مقامه فملك من الطلاق ما يملكه كما لو وكاه في ذلك وليس ذلك زيادة على حقها فإن حقها الفرقة غير أنها تنوع وقد يرى الحاكم المصلحة في تحريرها عليه ومنعه رجعتها لعلمه بسوء قصده وحصول المصلحة بعده . قال أبو عبد الله إذا قال فرقت بينكما فأما هو فسخ ، وإذا قال طلقت واحدة فهي واحدة وإذا قال ثلاثا فهي ثلاث

﴿مسئلة﴾ قال (وان طلق واحدة وراجع وقد بقي من مدة الإيلاء أكثر من أربعة أشهر كان الحكم كما حكمنا في الأول)

وجملة الأمر أنه إذا طلق المولي أو طلق الحاكم عليه أقل من ثلاث فله رجعتها ، وعن أبي عبد الله رحمه الله رواية أخرى أن تفريق الحاكم ليس فيه رجعة فانه قال وأما تفريق الساطان فليس فيه رجعة

ثابت وإنما تأخر لعدم امكان المطالبة ، وقال الشافعي لا تضرب المدة في الصغيرة حتى تبلغ وقال أبو حنيفة تضرب المدة سواء أمكن الوطء أو لم يمكن فإن لم يمكن الوطء فاء بلسانه والا بان بانقضاء المدة وكذلك الحكم عنده في الناشز والرتقاء والقرناء والتي غابت في المدة لأن هذا إيلاء صحيح فوجب أن تتبعه المدة كالتى يمكنه جماعها

ولنا أن حقها من الوطء يسقط بتعذر جماعها فوجب أن تسقط المدة المضروبة له كما يسقط أجل الدين بسقوطه ، وأما التي أمكنه جماعها فتضرب له المدة في حقها لأنه إيلاء صحيح بمن يمكنه جماعها فتضرب له المدة كالبالغة ومتى قصد الإضرار بهما بترك الوطء اثم ويستحب ان يقال له اتق الله فاما أن تفيء وأما أن تطلق فإن الله تعالى قال (وعاشروهن بالمعروف)

﴿مسئلة﴾ فإن لم يبق له عذر طلبت الفية وهي الجماع وليس في هذا اختلاف قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الفية الجماع كذلك قال ابن عباس ، وروي ذلك عن علي وابن مسعود ، وبه قال عطاء والشعبي والنخعي وسعيد بن جبير والثوري والاوزاعي والشافعي وأبو عبيد وأصحاب الرأي إذا لم يكن عذر وأصل الفية الرجوع الى فعل ما تركه .

﴿مسئلة﴾ (فاذا جامع انحلت يمينه وعليه كفارتها) في قول أكثر أهل العلم منهم زيد وابن عباس وبه قال ابن سيرين والثوري والنخعي وقتادة ومالك وأهل المدينة وأبو عبيد وأصحاب الرأي وابن

في العدة ولا بعدها ، فعلى هذه الرواية يكون طلاق الحاكم باثنا ايس فيه رجعة ، وقال ابو بكر في كل فرقة فرقة الحاكم روايتان لعانا كانت أو غيره

(احدهما) نحر على التأبيد واختارها (والثانية) له المراجعة فيها بمقد جديد وهذا الصحيح وليس في كلام احمد ما يقتضي تحريمها عليه ، وقوله ايس فيه رجعة في العدة ولا بعدها يمكن حمله على أنه ليس له رجعتها بغير نكاح جديد لانه قد صرح في سائر الروايات به ، ولانه لم يوجد سبب يقتضي تحريمها عليه وتفريق الحاكم لا يقتضي سوى التفريق بينهما في هذا النكاح ولذلك لو فرق بينهما لاجل العنة لم تحرم عليه

وأما فرقة اللعان فانها تحصل بدين تفريق الحاكم ولو حصلت بتفريق الحاكم غير أن المقتضي للتفريق والتحریم اللعان بدليل أنه لا يجوز اقرارهما على النكاح وإن تراضوا به بخلاف مسئلتنا ، وأما على قول الحنفي فإن الطلاق اذا كان دون الثلاث فهو رجعي سواء أ كان من المولي أو الحاكم وهذا مذهب الشافعي لأن الحاكم نائبه فلا يقع طلاقه مفيداً كما لم يفده طلاق المولي كالوكيل ، فان لم يراجع حتى انقضت عدتها بانت ولم يلحقها طلاق ثان وهذا مذهب الشافعي ، وروي عن علي اذا سبق حد

المنذر وهو ظاهر مذهب الشافعي وله قول آخر لا كفارة عليه وهو قول الحسن وقال النخعي كانوا يقولون ذلك لان الله تعالى قال (قل فاءوا فان الله غفور رحيم) قال قتادة هذا خالف الناس يعني قول الحسن ولنا قول الله تعالى (ولاكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته اطعام عشرة مساكين - الى قوله - ذلك كفارة ايماكم اذا حلفتم) وقال سبجانه (قد فرض الله لكم تحلة ايماكم) وقال النبي ﷺ « إذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها فأتت الذي هو خير وكفر عن يمينك » متفق عليه ولانه حالف حانت في يمينه فقبحت منه الكفارة كما لو حلف على ترك فريضة ثم فعلها ، والمغفرة لا تنافي الكفارة فان الله تعالى قد غفر لرسوله ما تقدم من ذنبه وما تأخر وقد كان يقول « اني والله لأحلف على يمين فأرى غيرها خيراً منها الا اتيت الذي هو خير وتحملتها » متفق عليه

﴿ مسألة ﴾ اوداني ما يكفي من ذلك تغيب الحشفة في الفرج) لان احكام الوطء تتعلق به فان وطئ في الدبر اودون الفرج لم تحصل الفية به لانه ليس بمحلوف عليه ولا يزول الضرر بفعله

(فصل) فان وطئها ناسياً ليمينه فهل يحنث ؟ على روايتين فان قلنا يحنث انحل إيلأؤه وإن قلنا لا يحنث فهل ينحل إيلأؤه ؟ على وجهين قياساً على المجنون ، وكذلك يخرج فيما إذا آلى من زوجته ثم وجدها في فراشه فظنها الاخرى فوطئها لانه جاهل بها والجاهل كالناسي في الحنث وكذلك ان ظنها أجنبية فباتت زوجته وان استدخلت ذكره وهو نائم لم يحنث لانه لم يفعل ما حلف عليه ، ولان القلم مرفوع عنه وهل يخرج من حكم الإيلأؤه ؟ يحتمل وجهين (احدهما) يخرج لان المرأة وصلت الى حقها فأشبه ما لو وطئ (والثاني)

الايلاء حد الطلاق فهما تطايعتان ، وإن سبق حد الطلاق حد الايلاء فهي واحدة ويقتضيه مذهب الزهري وهذا مبني على أن الطلاق يقع بانقضاء مدة الايلاء من غير إيقاع وقد سبق ذكر ذلك . فأما إن فسخ الحاكم النكاح فلا يس للمولي الرجوع عليها إلا بنكاح جديد سواء كان في العدة أو بعدها ولا ينقص به عدد طلاقه لانه ليس بطلاق فأشبهه فسخ النكاح لعيبه أو عنته ، وإن طاق المولي أو الحاكم ثلاثاً لم تحل له إلا بعد زوج ثان وإصابة ونكاح جديد . إذا ثبت هذا فإنه إذا طلق دون الثلاث فراجعها في عدتها فإن مدة الايلاء تنقطع بالطلاق ولا يحتسب عليه بما قبل الرجوع من المدة لأنها صارت ممنوعة منه بغير اليمين فانقطعت المدة كما لو كان الطلاق بائناً فإن راجع استؤنفت المدة من حين رجوعه فإن كان الباقي منها أقل من أربعة أشهر سقط الايلاء وإن كان أكثر منها تربصنا به أربعة أشهر ثم وقفناه لبنيء أو يطلق ثم يكون الحكم ههنا كالحكم في وقفه الاول فإن طاق أو طاق الحاكم عليه واحدة ثم راجع وقد بقي من مدة الايلاء أكثر من أربعة أشهر انتظرناه أربعة أشهر ثم طوبى بالبيعة أو الطلاق فإن طلق فقد كملت الثلاث وحرمت عليه وهذا مذهب الشافعي ويقتضي مذهب أبي عبد الله بن حامد أنه إذا طلق استؤنفت

لا يخرج من حكم الايلاء لانه ما وافاها حقها وهو باق على الامتناع من الوطء بحكم اليمين فيكون مولياً كما لو لم تفعل به ذلك والحكم فيها إذا وطئ وهو نائم كذلك لأنه لا يحنث به
 ﴿مسألة﴾ (وان وطئها في الفرج وطأ محرماً مثل أن يظأ في الحيض أو النفاس أو الاحرام أو صيام فرض من أحدهما أو مظاهراً فقد فاء اليها)

لان يمينه انحلت فزال حكمها وزال عنها الضرر وهذا مذهب الشافعي وقال أبو بكر قياس المذهب أن لا يخرج من الايلاء لانه وطئ لا يؤمر به في الفية فلم يخرج به من الفية كالوطء في الدبر ، والذي ذكره لا يصح لان يمينه انحلت ولم يبق ممتنعاً من الوطء بحكم اليمين فلم يبق الايلاء كما لو كفر يمينه أو كما لو وطئها مريضة ، وقد نص أحمد فيمن حلف ثم كفر يمينه أنه لا يبقى مولياً لعدم حكم اليمين مع أنه ما وافاها حقها فلأن يزول بحنثه فيها أولى ، وقد ذكر القاضي في المحرم والمظاهر أنها إذا وطئها فتمد وفيها حقها ، وفارق الوطء في الدبر فإنه لا يحنث به وليس بمحل للوطء بخلاف مسئلتنا

(فصل) فان كان الايلاء بتعليق عتق أو طلاق وقع بنفس الوطء لانه معلق بصفة وقد وجدت وان كان على نذر عتق أو صوم أو صلاة أو حج أو غير ذلك من الطاعات أو المباحات فهو بخير بين الوفاء به وبين التكفير لانه نذر لحاج أو غضب وهذا حكمه ، فان علق طلاقها الثلاث بوطئها لم يؤمر بالفية وأمر بالطلاق لان الوطء غير ممكن لكونها تمين منه بإيلاج الحشفة فيصير مستمتعاً أجنبية وهذا قول بعض أصحاب الشافعي وأكثرهم قال تجوز الفية لان الزرع ترك للوطء وترك الوطء ليس بوطء وقد ذكر القاضي ان كلام احمد يقتضي روايتين كهذين الوجهين ، قال شيخنا واللائق بمذهب أحمد تحريمه لوجود ثلاثة: (أحدها) ان آخر الوطء يحصل في أجنبية كما ذكرناه فان الزرع يتلذذ به كما يلذذ بالايلاج فيكون في

المدة الاخرى من حين طلق فلو تمت أربعة أشهر قبل انقضاء عدة الطلاق وقف ثانياً فان فاء والأمر بالطلاق ونحو هذا مذهب مالك وأبي عبيد ، وان انقضت العدة قبل مدة الإيلاء بانته وانقطع الإيلاء فان راجع في العدة قبل مدة الإيلاء تربص به تمام أربعة أشهر من حين طلق ، وعن ابن مسعود وعطاء والحسن والنخعي وقنادة والاوزاعي ان الطلاق يهدم الإيلاء وهذا يحتمل أن يكون معناه أنه يقطع مدته فلا يحاسب بمدته قبل الرجعة فيكون قول الحرق مثله ويحتمل أنه يزيل حكمه بالكسبة لانه قد وقاهما عنها بالطلاق فقط حكم الإيلاء كالموطأ ، والجواب عن هذا ان حكم اليمين بق في المنع من الوطء فيبقى الإيلاء كما لو لم يطبق بخلاف الفينة فانها ترفع اليمين لحصول الخنث فيها

﴿ مسألة ﴾ قال (ولو وقفناه بعد الأربعة أشهر فقال قد أصبتها فان كانت ثيبا كان القول قوله مع عيئنه)

وهذا قول الشافعي لان الأصل بقاء النكاح ، والمرأة تدعي ما يلزمه به رفعه وهو يدعي ما يوافق الأصل ويبقى فكان القول قوله كما لو ادعى الوطء في العنة ولان هذا أمر خفي ولا يعلم إلا من جهته

حكم الوطء ولذلك قلنا فيمن طلع عليه انفجر وهو مجامع فزنع أنه يفطر ، والتحریم ههنا اولى لان الفطر بالوطء ويمكن منع كون الزرع وطأ والمحرم ههنا الاستمتاع والزرع استمتاع فكان محرماً ولان لمسها على وجه التلذذ محرم فس الفرج بالفرج اولى بالتحریم ، فان قيل فهذا انما يحصل ضرورة ترك الوطء المحرم قلنا فاذا لم يمكن الوطء إلا بفعل محرم حرم ضرورة ترك الحرام كالمختلط لحم الخنزير بلحم مباح لا يمكنه أكله إلا بأكل لحم الخنزير حرم ، ولو اشتبهت ميتة بمذكاة أو امرأته باجنبية حرم الكل (والوجه الثاني) أنه بالوطء يحصل الطلاق بعد الإصا به وهو طلاق بدنة فكما يحرم إيفاءه باسائه يحرم بتحقيق سببه

(الثالث) أنه يقع به طلاق البدنة من وجه آخر وهو جمع الثلاث فان وطئ فعليه الزرع حين يولج الحشفة ولا يزيد على ذلك ولا يلبث ولا يتحرك عند الزرع لانها أجنبية فان فعل ذلك فلا حد ولا مهر لانه تارك للوطء وان لبث أو تم الإيلاج فلا حد عليه لتمكن الشبهة منه لكونه وطأ في زوجته ، وفي المهر وجهان (أحدهما) يلزمه لانه حصل منه وطء محرم في محل غير مملوك فالوجوب المهر كما لو أوج بعد الزرع (والثاني) لا يجب لانه تابع الإيلاج في محل مملوك فكان تابعا له في سقوط المهر ، وان زرع ثم أوج وكانا جاهلين بالتحریم فلا حد عليهما وعليه المهر لها ويلحقه النسب ، وان كانا عالمين بالتحریم فعليهما الحد لانه إيلاج في أجنبية بغير شبهة فأشبهه مالموطأ ثلاثا ثم وطئها ولا مهر لها لانها مطاوعة على الزنا ولا يلحقه النسب لانه من زنا لا شبهة فيه ، وذكر القاضي وجهاً أنه لاحد عليهما لان هذا يخفى على كثير من الناس وهو وجه لاصحاب الشافعي ، والصحيح الاول لان الكلام في العالمين وليس هو في مظنه الخفاء لان أكثر

فقبل قوله فيه كقول المرأة في حيضها وتلزمه اليمين لان ما تدعيه المرأة محتمل فوجب نفيه باليمين وانص
أحمد في رواية الاثرم على أنه لا يلزمه يمين لانه لا يقضى فيه بالنكول وهذا اختيار أبي بكر ، فلما ان
كانت بكرأ واختلفنا في الاصابة أريت النساء الثقات فان شهدن بشيئها فاقول قوله ، وان شهدن
ببكرتها فاقول قولها لانه لو وطئها زالت بكرتها ، وظاهر قول الخرقى أنه لا يمين ههنا لقوله في
باب العنين فان شهدن بما قالت أجل سنة ولم يذكر يمينه وهذا قول أبي بكر لان البينة تشهد
لها فلا تجب اليمين معها

(فصل) ولو كانت هذه المرأة غير مدخول بها فادعى أنه أصابها وكذبته ثم طلقها وأراد رجعتها
كان القول قولها فتقبل قوله في الاصابة في الايلاء ولا تقبله في اثبات الرجعة له ، وقد سبق تعليل
ذلك في كتاب الرجعة

﴿مسئلة﴾ قال (ولو آلى منها فلم يصبها حتى طلقها وانقضت عدتها منه ثم نسكحها
وقد بقي من مدة الايلاء اكثر من أربعة أشهر وقف لها كما وصفت)

وجملة الامر ان المولي إذا أبان زوجته انقضت مدة الايلاء بغير خلاف علمناه سواء بانتهى بنفسه

المسلمين يعلمون أن الطلاق الثلاث محرم للمرأة ، وان كان أحدهما عالماً والآخر جاهلاً نظرت فان كان
هو العالم فلها المهر وعليه الحد ولا يلحقه النسب لانه زان محدود وان كانت هي العالمة دونه فعليها الحد
وحدها ولا مهر لها ويلحقه النسب لان وطأ وطء شبهة

(فصل) فان قال ان وطئت فانت علي كظهر أمي فقال أحمد لا يقرها حتى يكفر وهذا نص في
تحريمها قبل التكفير وهو دليل على تحريم الوطء في المسئلة التي قبلها بطريق التنبيه لان المطلقة ثلاثاً
أعظم تحريماً من المظاهر منها فاذا وطئ ههنا فقد صار مظاهراً من زوجته وزال حكم الايلاء ويحتمل
ان أحمد أراد إذا وطئها مرة فلا يطؤها اخرى حتى يكفر لكونه صار بالوطء مظاهراً اذ لا يصح تقديم
الكفارة على الظهار لانه سببها ولا يجوز تقديم الحكم على سببه ، ولو كفر قبل الظهار لم يجزئه وقد روى
اسحاق قال قلت لأحمد فيمن قال لزوجه أنت علي كظهر أمي ان قربتك الى سنة فقال ان جاءت تطالب
فليس له ان يعضلها بعد مضي الاربعة الاشهر فيقال له إما ان تفيء وإما ان تطلق فان وطئها فقد وجب
عليه كفارة وان أبى وأرادت مفارقتها طلقها الحاكم عليه فيمنعني ان تحمل الرواية الاولى على الوطء
بعد الوطء الذي صار به مظاهراً لما ذكرناه فتكون الروايتان متفقتين والله أعلم

(فصل) وان انقضت المدة وادعى أنه عاجز عن الوطء فان كان قد وطئها مرة لم تسمع دعواه
الفية كما لا تسمع دعواها عليه ويؤخذ بالفية أو بالطلاق كغيره وان لم يكن وطئها ولم تكن حاله معروفة
فقال القاضي تسمع دعواه ويقبل قوله لان العنة من العيوب التي لا يقف عليها غيره وهذا ظاهر نص

او طلاق ثلاث او بخلع او بانقضاء عدتها من حين الطلاق الرجعي لأنها صارت أجنبية منه ولم يبق شيء من أحكام نكاحها فان عاد فتزوجها عاد حكم الايلاء من حين تزوجها واستؤنفت المدة حينئذ فان كان الباقي من مدة يمينه أربعة أشهر فمادون لم يثبت حكم الايلاء لان مدة التبرص أربعة أشهر وان كان أكثر من أربعة أشهر تبرص أربعة أشهر ثم وقف لها فاما أن يفيء او يطلق ، وان لم يطلق طلق الحاكم عليه وهذا قواء ، مالك ، وقال ابو حنيفة إن كان الطلاق أقل من ثلاث ثم تركها حتى انقضت عدتها ثم نكحها عاد الايلاء ، وان استوفى عدد الطلاق لم يعد الايلاء لان حكم النكاح الاول زال بالسكينة ولهذا يرجع اليه على طلاق ثلاث فصار إيلاءه في النكاح الاول كإيلائه من أجنبية وقال أصحاب الشافعي يتحصل من أقواله ثلاثة أقاويل : قولان كالْمُذْهِبَيْنِ ، وقول ثالث لا يعود حكم الايلاء بحال وهو قول ابن المنذر لأنها صارت بحال لو آلى منها لم يصح إيلاءه فبطل حكم الايلاء منها كالمطالبة ثلاثاً

ولنا أنه ممنوع من وطء امرأته يمين في حال نكاحها فثبت له حكم الايلاء كما لو لم يطلق ، وفارق الايلاء من الاجنبية فانه لا يقصد باليمين عليها الاضرار بها بخلاف مسئلتنا

الشافعي ولها ان تسأل الحاكم فيضرب له مدة العنة بعد ان يفيء فيئة المذخور، وفيه وجه آخر أنه لا يقبل قوله لانه متهم في دعوى ما يسقط عنه حقاً توجه عليه الطلب به والاصل سلامته منه ، وان اعترفت أنه قد أصابها مرة وأنكر ذلك لم يكن لها المطالبة بضرب مدة العنة لاعترافها بعدم عنته والقول قوله في عدم الاصابة

(مسألة) (وان لم يفيء واعفته المرأة سقط حقها ويحتمل ان لا يسقط ولها المطالبة بعد) إذا عفت المرأة عن المطالبة بالفيئة بعد وجوبها فقال بعض أصحابنا يسقط حقها وليس لها المطالبة قال القاضي هذا قياس المذهب لأنها رضيت باسقاط حقها من الفسخ فسقط حقها منه كامرأة العنين إذا رضيت بعنته ويحتمل ان لا يسقط حقها ولها المطالبة متى شاءت وهذا مذهب الشافعي لأنها ثبتت لدفع الضرر بترك ما يتجدد مع الاحوال فكان لها الرجوع كالأعرس بالنفقة فعفت عن المطالبة بالفسخ ثم طالبت ، وفارق الفسخ للعنة فانه فسخ لعينه فتي رضيت بالعيب سقط حقها كما لو عفا المشتري عن عيب المبيع ، فاما ان سكنت عن المطالبة ثم طالبت بعد فائها ذلك وجهاً واحداً لأنها حقها يثبت على التراخي فلم يسقط بتأخر المطالبة كاستحقاق النفقة

(مسألة) (وان لم تعفه أمر بالطلاق ان طلبت ذلك) لقول الله سبحانه (الذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فان فاءوا فان الله غفور رحيم وإن عزموا الطلاق فان الله سميع عليم) وقال تعالى (فامسك بمعروف أو تسريح بإحسان) فاذا امتنع من ادائه الواجب فقد امتنع من الامساك بالمعروف فيؤمر بالتسريح بإحسان

(فصل) ولو آلى من امرأته الامة ثم اشتراها ثم أعنتها وتزوجها عاد الايلاء، ولو كان المولي عبدا فاشتريته امرأته ثم أعنته وتزوجته عاد الايلاء، ولو بانئت الزوجة برودة او اسلام من أحدهما أو غيره ثم تزوجها تزويجا جديدا عاد الايلاء، ونسأف المدة في جميع ذلك، وسواء عادت اليه بعد زوج ثان أو قبله لان اليمين كانت منه في حال الزوجية فيبقى حكمها ما وجدت الزوجية وهكذا قال لزوجه ان دخلت الدار فوالله لا جامعك ثم طلقها ثم نكحت غيره ثم تزوجها الاول عاد حكم الايلاء لان الصفة المعقودة في حال الزوجية، لا تتحل بزوال الزوجية فان دخلت الدار في حال البينونة ثم عاد وتزوجها لم يثبت حكم الايلاء في حقه لان الصفة وجدت في حال كونها اجنبية ولا ينقصد الايلاء بالخلاف على الاجنبية بخلاف ما إذا دخلت وهي امرأته

(مسئلة) قال (ولو آلى منها واختلفا في مضي الاربعة أشهر كان القول قوله في أنها لم تمض مع يمينه)

إنما كان كذلك لان الاختلاف في مضي المدة ينفي على الخلاف في وقت بيمينه فانها لو اتفقا على

(مسئلة) (فان طلق واحدة فله رجعتها وعنه أنها تكون بائنة)

وجملة ذلك ان الطلاق الواجب على المولي رجعي سواء أوقعه بنفسه أو طلق الحاكم عليه وبهذا قال الشافعي قال الاثرم قلت لابي عبدالله في الولي فان طلقها قال تكون واحدة وهو أحق بها وعن أحمد رواية أخرى ان فرقة الحاكم تكون بائنا ذكر أبو بكر الروائين جميعاً وقال القاضي المنصوص عن أحمد في فرقة الحاكم أنها تكون بائنا فان في رواية الاثرم وقد سئل اذا طلق عليه السلطان أن تكون واحدة؟ فقال اذا طلق فهي واحدة وهو أحق بها، فأما تفريق السلطان فليس فيه رجعة، وقال أبو ثور طلاق المولي بائن سواء طلق هو أو طلق عليه الحاكم لانها فرقة لدفع الضرر فكانت بائنا كفرقة العنة ولانها لو كانت رجعية لم يندفع الضرر، وقال أبو حنيفة يقع الطلاق بانقضاء المدة بائنا، ووجه الاول أنه طلاق صادف مدخولا بها من غير عوض ولا استيفاء عدد فكان رجعيا كالطلاق في غير الايلاء، ويفارق فرقة العنة لانها فسخ لعيب وهذه طائفة ولانه لو أيسح له ارتجاعها لم يندفع عنها الضرر وهذه يندفع عنها الضرر فهذه اذا ارتجعها ضربت له مدة أخرى ولان العنين قد يئس من وطئه فلا فائدة في رجعته وهذا غير عاجز ورجعته دليل على رغبته فيها وإقلاعه عن الاضرار بها فافترقا

(مسئلة) (فان لم يطلق حبس وضيق عليه حتى يطلق في إحدى الروائين والاخرى يطلق الحاكم عليه)

اذا امتنع المولي من الفية بعد التربص أو امتنع المذور من الفية بإسائه أو امتنع من الوطء بعد زوال عذره أمر بالطلاق فان طلق وقع طلاقه الذي أوقعه واحدة كانت أو أكثر وليس للحاكم إجباره

وقت اليمين حسب من ذلك الوقت فلم هل انقضت المدة أولا وزال الخلاف ، اما اذا اختلفنا في وقت اليمين فقال حلفت في غرة رمضان وقالت بل حلفت في غرة شعبان فالقول قوله لانه صدر من جهته وهو أعلم به فكان القول قوله فيه كما لو اختلفنا في أصل الإيلاء ولان الأصل عدم الحلف في غرة شعبان فكان قوله في نفيه موافقا للأصل ، قال الحزقي ويكون ذلك مع يمينه وهو مذهب الشافعي وذهب أبو بكر الى أنه لا يمين عليه ، قال القاضي وهو أصح لانه اختلاف في أحكام النكاح فلم تشرع فيه يمين كما لو ادعى زوجية امرأة فأنكرته ، ووجه قول الحزقي قول النبي ﷺ «اليمين على المدعى عليه» ولانه حق لا دمي يجرز بذله فيستحلف فيه كالديون

(فصل) فان ترك الوطء بغير يمين لم يكن موليا لان الإيلاء الحلف ولكن إن ترك ذلك لعذر من مرض أو غيبة ونحوه لم تضرب له مدة وإن تركه مضرا بها فهل تضرب له مدة ؟ على روايتين

على أكثر من طلبة لانه يحصل الوفاء لحقها بها فانها تقضي الى البيئونة والتخلص من ضرره ، وان امتنع من الطلاق طلق الحاكم عليه وبه قال مالك ، وع أحمد رواية أخرى ليس للحاكم الطلاق عليه لان ماخير الزوج فيه بين أمرين لم يقيم الحاكم مقامه فيه كالاختيار لبعض الزوجات في حق من أسلم وتحتأ أكثر من أربع نسوة أو أختان ، فعلى هذا يحبس أو يضيق عليه حتى يفيء أو يطلق وللشافعي قولان كالروايتين ووجه الرواية الاخرى ان مادخلته النيابة وتعين مستحقة وامتنع من هو عليه قام الحاكم مقامه فيه كقضاء الدين وفارق الاختيار فانه ما تعين مستحقة وهذا أصح في المذهب وهو اختيار الحزقي وليس للحاكم ان يأمره بالطلاق ولا يطلق عليه إلا ان تطالب المرأة ذلك لانه حق لها وإنما الحاكم يستوفي لها الحق فلا يكون إلا عند طلبها

❦ مسألة ❦ (فان طلق واحدة فهو كطلاق المولي)

يعني إذا طلق الحاكم واحدة فهل هي رجعية أو بائنة ؟ على روايتين لانه قام مقامه وناب عنه فكان حكمه حكم المولي وان طلق الحاكم ثلاثا أو فسخ جاز لان المولي إذا امتنع من الفية والطلاق قام الحاكم مقامه فملك من الطلاق ما يملكه المولي واليه الخيرة فيه وإن شاء طلق واحدة وإن شاء اثنتين وان شاء ثلاثا وان شاء فسخ قال القاضي هذا ظاهر كلام أحمد وقال الشافعي ليس له إلا واحدة لان ايفاء الحق يحصل بها فلم يملك زيادة عليها كما لم يملك الزيادة على وفاء الدين في حق الممتنع

ولنا ان الحاكم قائم مقامه فملك من الطلاق ما يملكه كما لو وكله في ذلك وليس ذلك زيادة على حقها فان حقها الفرقة غير أنها تتنوع وقد يرى الحاكم المصلحة في تحريمها عليه ومنعه رجعتها لعلمه بسوء قصده وحصول المصلحة بعده قال أبو عبد الله إذا قال فرقت بينكما فأما هو فسخ وإذا قال طلقت واحدة فهي واحدة وإذا قال طلقت ثلاثا فهي ثلاث

❦ مسألة ❦ (وان ادعى ان المدة ما انقضت وادعت مضيا فالقول قوله في أنها لم تمض مع يمينه)

وانما كان كذلك لان الاختلاف في مضي المدة ينسب على الخلاف في وقت يمينه فانها لو اتفقا

(احداها) تضرب له مدة أربعة أشهر فان وطئها وإلا ادعى بعدها الى الوطء فان امتنع منه أمر بالطلاق كما يفعل في الايلاء سواء ، لانه أضربها بترك الوطء في مدة الايلاء فيأزم حكمه كما لو حلف ولان ماوجب اداؤه اذا حلف على تركه وجب اداؤه اذا لم يحلف كالنقطة وسائر الواجبات، بحقيقة أن اليمين لا تجعل غير الوجوب واجبا اذا أقسم على تركه فوجوبه معها يدل على وجوبه قبلها ، ولان وجوبه في الايلاء إنما كان لدفع حاجة المرأة وإزالة الضرر عنها وضربها لا يختلف بالايلاء وعدمه فلا يختلف الوجوب، فان قيل فلا يبقى للايلاء أثر فلم أفردتم له بابا ؟ قلنا بل له أثر فانه يدل على قصد الاضرار فيتعاق الحـكم به وان لم يظهر منه قصد الاضرار اكتفي بدلالته واذا لم توجد اليمين احتجنا الى دلائل سواء يدل على المضارة فيعتبر الايلاء لدلالته على المقضي لا لعينه (والثانية) لا تضرب له مدة وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي لانه ليس بمول فلم تضرب له مدة كما لو لم يقصد الاضرار ، ولان تعليق الحكم بالايلاء يدل على انتفائه عند عدمه اذ لو ثبت هذا الحكم بدون له لم يكن له أثر والله أعلم

على وقت اليمين حسب من ذلك الوقت فعمل هل انقضت المدة أولا وزال الخلاف ، أما إذا اختلفا في وقت اليمين فقال حلفت في غرة رمضان وقالت بل حلفت في غرة شعبان فالقول قوله لانه يصدر من جهته وهو أعلم به فكان القول قوله فيه كما لو اختلفا في أصل الايلاء ، ولان الاصل عدم الحلف في غرة شعبان فكان قوله في نفيه موافقا للاصل ويكون ذلك مع يمينه في قول الخري وهو مذهب الشافعي وقال أبو بكر لا يمين عليه قال القاضي وهو أصح لانه اختلاف في أحكام النكاح فلم تشرع فيه اليمين كما لو ادعى زوجية امرأة فانكرته ، والاول أولى لقول النبي ﷺ اليمين على المدعى عليه ولا نه حق لا دمي يجوز بذله فيستحلف فيه كالديون

❦ مسألة ❦ (فان ادعى انه وطئها فانكرته وكانت ثيبا فالقول قوله مع يمينه)

اختاره الخري وهو مذهب الشافعي لان الاصل بقاء النكاح والمرأة تدعى رفعه وهو يدعي ما يوافق الاصل فكان القول قوله كما لو ادعى الوطء في العنة ولان هذا أمر خفي ولا يعلم الا من جهته فقبل قوله فيه كقول المرأة في حيضها وتلزمه اليمين لان ما ندعيه المرأة محتمل فوجب نفيه باليمين ونص أحمد في رواية الاثرم على انه لا يلزمه يمين لانه لا يقضى فيه بالنكول وهذا اختيار أبي بكر فأما ان كانت بكرا و اختلفا في الاصابة و ادعت انها عذراء أريت النساء الثقات فان شهدن بشيئها فالقول قوله وان شهدن بكارتها فالقول قولها لانه لو وطئها زالت بكارتها ، وظاهر كلام الخري انه لا يمين ههنا لانه قال في باب العنين فان شهدن بما قات أجل سنة ولم يذكر يمينه وهذا قول أبي بكر لان البيئة تشهد لها فلا تجب اليمين معها وقيل تجب عليها اليمين لاحتمال ان تكون العذرة عادت بعد زوالها وان لم يشهد بها احد فالقول قوله كما لو كانت ثيبا وهل يحلف؟ على وجهين مضي توجيها

كتاب الظهار

الظهار مشتق من الظاهر وإنما خصوا الظاهر بذلك من بين سائر الأعضاء ، لأن كل من ركوب يسمى ظاهراً لحصول الركوب على ظهره في الأغلب فشبها الزوجة بذلك وهو محرم لقول الله تعالى (وأهم ليقولون منكراً من القول وزوراً) ومعناه أن الزوجة ليست كالأم في التحريم ، قال الله تعالى (ما هن أمهاتهم) وقال تعالى (وما جعل أزواجكم اللائي تظاهرون منهن أمهاتكم) والاصل في الظهار الكتاب والسنة أما الكتاب فقوله تعالى (الذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن أمهاتهم) والآية التي بعدها وأما السنة فروى أبو داود بإسناده عن خويلد بنت مالك بن ثعلبة . قالت تظاهر مني أوس بن الصامت فحنت رسول الله ﷺ أشكوا ورسول الله ﷺ يجادلني فيه ويقول « اتقي الله فإنه ابن عمك » فما برحت حتى نزل القرآن (قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها) فقال « يعنق رقبة » فقلت لا يجد قال « فيصوم شهرين متتابعين » فقلت يا رسول الله أنه شيخ كبير ما به من صيام قال « فليطعم ستين مسكيناً » قلت ما عنده من شيء يتصدق به قال « فاني سأعينه بعرق » ثم فقلت يا رسول الله فاني أعينه بعرق آخر قال « قد أحسنت اذهبي فاطمي عنه ستين مسكيناً وارجي إلى ابن عمك » قال الاصمعي العرق بفتح العين والراء هو ماسف من خوص كالزنبيل الكبير : ووي أيساً بإسناده عن ساجان بن يسار

(كتاب الظهار)

الظهار مشتق من الظاهر وإنما خصوا الظاهر بذلك من بين سائر الأعضاء لأن كل من ركوب يسمى ظاهراً لحصول الركوب على ظهره في الأغلب فشبها الزوجة بذلك وهو محرم لقول الله تعالى (وأهم ليقولون منكراً من القول وزوراً) ومعناه أن الزوجة ليست كالأم في التحريم قال الله تعالى (ما هن أمهاتهم) وقال سبحانه (وما جعل أزواجكم اللائي تظاهرون منهن أمهاتكم) والاصل في الظهار الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقوله تعالى (الذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن أمهاتهم) والآية التي بعدها وأما السنة فروى أبو داود بإسناده عن خويلد بنت مالك بن ثعلبة قالت تظاهر مني أوس بن الصامت فحنت رسول الله ﷺ أشكوا ورسول الله ﷺ يجادلني فيه ويقول « اتق الله فإنه ابن عمك » فما برحت حتى نزل القرآن (قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها) فقال « يعنق رقبة » فقلت لا يجد فقال « فيصوم شهرين متتابعين » فقلت يا رسول الله أنه شيخ كبير ما به من صيام قال « فليطعم ستين مسكيناً » قلت ما عنده من شيء يتصدق قال « فاني سأعينه بعرق من تمر » فقلت يا رسول الله فاني سأعينه بعرق آخر قال « قد أحسنت اذهبي فاطمي عنه ستين مسكيناً وارجي إلى ابن عمك » قال الاصمعي العرق بفتح العين والراء هو ماسف من خوص كالزنبيل الكبير وروي أيضاً بإسناده عن سليمان بن يسار عن سلمة بن صخر البياضي قال كنت أصيب من النساء

(المعني والشرح الكبير) (٧٠) (الجزء الثامن)

عن سلمة بن صخر البياضي قال كنت أصيب من النساء مالا يصيب غيري فلما دخل شهر رمضان خفت أن أصيب من امرأتي شيئاً يتتابع حتى أصبح فظاهرت منها حتى ينسأخ شهر رمضان فيبناهي تخدمني ذات ليلة اذ تكشف لي منها شيء فلم ألبث أن نزوت عليها فلما أصبحت خرجت إلى قومي فأخبرتهم الخبر وقالت امشوا معي إلى رسول الله ﷺ قالوا لا والله فانطلقت إلى النبي ﷺ فأخبرته الخبر فقال « أنت بذلك يأسمة؟ » فقلت أنا بذلك يارسول الله وأنا صابر لحكم الله فاحكم في ما أراك الله قال « حرر رقبة » فأتى والذي بعثك بالحق ما أملك رقبة غيرها وضربت صفقة رقبتني قال « صم شهرين متتابعين » فأتى وهل أصبت الذي أصبت إلا من الصيام؟ قال « فاطم وسقمان تمر بين ستين مسكينا » فأتى والذي بعثك بالحق لقد بذنا وحشين ما لنا طعام قال « فانطلق إلى صاحب صدقة بني زريق فليدفعها إليك » قال - فاطم ستين مسكينا وسقمان تمر وكل أنت وعيالك بقيتها » فرجعت إلى قومي فقلت رجعت عندكم الضيق وسوء الرأي ووجدت عند رسول الله ﷺ السعة وحسن الرأي وقد أمر لي بصدقكم (فصل) وكل زوج صح طلاقه صح ظهاره وهو البالغ العاقل سواء كان مسلماً أو كافراً حراً أو عبداً قال أبو بكر وظهار السكران مبني على طلاقه . قال القاضي وكذلك ظهار الصبي مبني على طلاقه ، والصحيح أن ظهار الصبي غير صحيح لأنها يمين موجبة لا كفرارة فلم تنفقه منه كاليمن بالله تعالى ولأن الكفرارة وجبت لما فيه من قول المنكر والزور وذلك مرفوع عن الصبي لكونه لم يرفعوا عنه وقد قيل لا يصح ظهار العبد لأن الله تعالى قال (فتحرير رقبة) والعبد لا يملك الرقاب ولنا عموم الآية ولأنه يصح طلاقه فصح ظهاره كالحرة فأما إيجاب الرقبة فإنها هو على من يجدها

مالا يصيب غيري فلما دخل شهر رمضان خفت أن أصيب من امرأتي شيئاً يتتابع حتى أصبح فظاهرت منها حتى ينسأخ شهر رمضان فيبناهي تخدمني ذات ليلة اذ تكشف لي منها شيء فلم ألبث أن نزوت عليها فلما أصبحت خرجت إلى قومي فأخبرتهم الخبر وقالت امشوا معي إلى رسول الله ﷺ قالوا لا والله فانطلقت إلى النبي ﷺ فأخبرته الخبر فقال « أنت بذلك يأسمة؟ » فقلت أنا بذلك يارسول الله وأنا صابر لحكم الله فاحكم في ما أراك الله قال « حرر رقبة » فأتى والذي بعثك بالحق ما أملك رقبة غيري وضربت صفقة رقبتني قال « فسم شهرين متتابعين » فأتى وهل أصبت إلا من الصيام؟ قال « فاطم وسقمان تمر بين ستين مسكينا » فأتى والذي بعثك بالحق لقد بذنا وحشين ما لنا طعام قال - فانطلق إلى صاحب صدقة بني زريق فليدفعها إليك - قال - فاطم ستين مسكينا وسقمان تمر وكل أنت وعيالك بقيتها » فرجعت إلى قومي فقلت وجدت عندكم الضيق وسوء الرأي ووجدت عند رسول الله ﷺ السعة وحسن الرأي وقد أمر لي بصدقكم

(مسئلة) (والظهاران يشبه امرأته أو عضوا منها بظهر من تحرّم عليه على التأييد أو بها أو بعضونها فيقول أنت علي كظهر أمي أو كيد اختي أو كوجه حماتي أو يقول ظهرك أو يدك علي كظهر

ولا يبقى الظهار في حق من لا يجدها كالعسر فرضه الصيام ويصح ظهار الذي وبه قال الشافعي ، وقال مالك وأبو حنيفة لا يصح منه لأن الكفارة لا تصح منه وهي الرافعة للتحريم فلا يصح منه التحريم ودليل أن الكفارة لا تصح منه أنها عبادة تقتصر إلى النية فلا تصح منه كسائر العبادات

ولنا أن من صح طلاقه صح ظهاره كالسالم فاما ما ذكره فيبطل بكفارة الصيد اذا قتله في الحرم وكذلك الحد يقام عليه ولا نسلم أن التكفير لا يصح منه فانه يصح منه العتق والاطعام ، وانما لا يصح منه الصوم فلا تتمتع صحة الظهار بامتناع بعض أفرع الكفارة كما في حق العبد ، والنية انما تعتبر لتعيين الفعل لا الكفارة فلا يمتنع ذلك في حق الكافر كالمية في كنيات الطلاق ومن يخنق في الاحيان يصح ظهاره في افقته كما يصح طلاقه فيه

(فصل) ومن لا يصح طلاقه لا يصح ظهاره كالاطمل والزائل العقل بجنون أو اغماء أو نوم أو غيره لا نعلم في هذا خلافا ، وبه قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ، ولا يصح ظهار المسكره وبه قال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر ، وقال أبو يوسف يصح ظهاره والخلاف في ذلك مبني على الخلاف في صحة طلاقه وقد مضى ذلك

(فصل) يصح الظهار من كل زوجة كبيرة كانت أو صغيرة مسلمة كانت أو ذمية ممكنات وطؤها

أمي أو كيد اختي أو خالتي من نسب أو رضاع فتى شبه امرأته بظهر من تحرم عليه على التأيد فيقول أنت علي كظهر أمي فهذا ظهارا جماعا)

قال ابن المنذر اجمع أهل العلم على أن تصریح الظهار ان يقول أنت علي كظهر أمي وفي حديث خولة امرأة أوس بن الصامت انه قال لها أنت علي كظهر أمي فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فأمره بالكفارة

(الضرب الثاني) أن يشبهها بظهر من تحرم عليه من ذوي رحمه كجدته وعمته وخالتها واخته فهذا ظهار في قول أكثر أهل العلم منهم الحسن وعطاء وجابر بن زيد والشعبي والنخعي والزهري والثوري والاوزاعي ومالك وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الرأي وهو جديد قولي الشافعي وقال في القديم لا يكون الظهار إلا بام وجدء لأنها أم أيضاً لأن اللفظ الذي ورد به القرآن مخصص بالام فاذا عدل عنه لم يتعلق به ما أوجبه الله تعالى فيه

ولنا أنهم محرمات بالقربة فأشبهن الام واما الآية فقد قال فيها (وانهم ليقولون منكراً من انقول وزوراً) وهذا موجود في مسئلتنا فخرى مجراه وتعليق الحكم بالام لا يمنع الحكم في غيرها إذا كانت مثلها .

(الثالث) أن يشبهها بظهر من تحرم عليه على التأيد سوى الأقارب كالامهات المرضعات والاخوات

أو غير ممكن ، وبه قال مالك والشافعي ، وقال أبو ثور لا يصح الظهار من التي لا يمكن وطؤها لانه لا يمكن وطؤها والظهار لتحريم وطئها

ولنا عموم الآية ولأنها زوجة يصح طلائها فصح الظهار منها كغيرها

(مسئلة) قال (وإذا قل لزوجه أنت علي كظهر امي او كظهر امرأة أجنبية أو أنت علي حرام أو حرم عضوا من أعضائها فلا يطؤها حتى يأتي بالكفارة)

في هذه المسئلة فصول خمسة (أحدها) أنه متى شبه امرأته بمن تحرم عليه على التأيد فقال أنت علي كظهر أمي أو أختي أو غيرها فهو مظاهر وهذا على ثلاثة أضرب (أحدها) أن يقول أنت علي كظهر أمي فهذا ظهار إجماعا قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن تصريح الظهار أن يقول أنت علي كظهر أمي ، وفي حديث خويلد امرأة أرس بن الصامت أنه قال لها أنت علي كظهر أمي فذكر ذلك لرسول الله ﷺ فأمره بالكفارة

(الضرب الثاني) أن يشبهها بظهر من تحرم عليه من ذوي رحمه كجدته وعمته وخالته وأخته فهذا ظهار في قول أكثر أهل العلم منهم الحسن وعطاء وجابر بن زيد والشعبي والنخعي والزهري والثوري والاوزاعي ومالك وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الرأي وهو جديد قر لي الشافعي

من الرضاة وحلائل الأباء والأبناء وأمهات النساء والرباب اللاتي دخل بأمن فهو ظهار أيضا والخلاف فيها كالتي قبلها ووجه المذهبين ما تقدم ويزيد في الأمهات المرضعات في دخولها في عموم الأمهات وسائرهن في معناها فيثبت فيهن حكمها

(فصل) وان قال أنت عندي أو مني أو معي كظهر أمي كان ظهاراً بمنزلة علي لان هذه الالفاظ في معناه وان قال جملتك أو بدنك أو جسمك أو ذاتك أو ذلك علي كظهر أمي كان ظهاراً لانه أشار إليها فهو كقوله أنت وان قال أنت كظهر أمي كان ظهاراً لانه أتى بما يقتضي تحريمها عليه فانصرف الحكم اليه كما لو قال أنت طالق وقال بعض الشافعية ليس بظهار لانه ليس فيه ما يدل على ان ذلك في حقه وليس بصحيح فانها إذا كانت كظهر أمه فظهر أمه محرم عليه ، وأما إذا شبه عضواً من امرأته بظهر أمه ارعضوا من أعضائها فهو مظاهر فلو قال فرجك أو ظهرك أو رأسك أو جلدك كظهر أمي أو بدنك أو رأسها أو يدها فهو مظاهر ، وبهذا قال مالك وهو نص الشافعي وعن أحمد رواية أخرى انه ليس بظهار حتى يشبه جملة امرأته لانه لو حلف بالله لا يمس عضواً منها لا يسري الى غيره فكذلك المظاهرة ولان هذا ليس بمنصوص عليه ولا هو في معنى المنصوص لان تشبيهه بجملة تشبيهه بمحل الاستمتاع بما يتأكد تحريمه وفيه تحريم لجملة فيكون أكد

وقال أبو حنيفة ان شبهها بما يحرم النظر اليه من الام كالفرج والفخذ ونحوهما فهو مظاهر وإن

وقال في التقديم لا يكون الظهار إلا بام اوجدة لانها لم أيضا لان اللفظ الذي ورد به القرآن مختص بالام فاذا عدل عنه لم يتعاق به ما اوجبه الله تعالى فيه

ولنا انهن محرمات بالانابة فاشبهن الام فأما الآية فقد قال فيها ، وإنهم ليقولون منكراً من القول وزوراً) وهذا موجود في مسئلتنا فجرى مجراه وتعلق الحكم بالام لا يمنع ثبوت الحكم في غيرها اذا كانت مثلاً

(الضرب الثالث) أن يشبهها بظهر من تحرم عليه على التأييد سوى الأقارب كالامهات المرضعات والاخوات من الرضاعة وحلائل الآباء والأبناء وامهات النساء والربائب اللاتي دخل بأمن فزوجها أيضاً ، والخلاف فيها كاتي قبلها ووجه المذهبين ما تقدم ويزيد في الامهات المرضعات دخولها في عموم الامهات فتكون داخلة في النص وسائرهن في معناها فتثبت فيهن حكمها (الفصل الثاني) اذا شبهها بظهر من تحرم عليه تحريماً مؤقتاً كاخت امرأته وعمتها او الاجنبية فعن احمد فيه روايتان

(إحداهما) انه ظهار وهو اختيار الحرق وقول أصحاب مالك (والثانية) ليس بظهار وهو مذهب الشافعي لانها غير محرمة على التأييد فلا يكون التشبيه بها ظهاراً كالحائض والمحرمة من نسائه ، ووجه الاول انه شبهها بمحرمة فأشبه ما او شبهها بالام ، ولان مجرد قوله أنت علي حرام ظهار إذا نوى به

لم يحرم النظر اليه كالرأس والوجه لم يكن مظاهراً لانه شبهها ببعض من أمه فكان مظاهراً كما لو شبهها بظهرها وفارق الزوجة فانه لو شبهها بظهرها لم يكن مظاهراً والنظر ان لم يحرم فان التلذذ يحرم وهو المستفاد بعقد النكاح (فصل) فان قال كشعر أعي أو سننها أو ظفرها أو شبه شيئاً من ذلك من امرأته بأمه أو بعضو من أعضائها لم يكن مظاهراً لانها ليست من أعضاء الام انا بة ولا يقع الطلاق باضافته اليها فكذلك الظهار وكذلك ان قال بروح أعي فان الروح لا توصف بالتحريم ولا هي محل للاستمتاع وكذلك الريق والعرق والدم فان قال وجهي من وجهك حرام فليس بظهار نص عليه أحمد وقال هذا شيء يقوله الناس ليس شيئاً وذلك لان هذا يستعمل كثيراً في غير الظهار ولا يؤدي معنى الظهار فلم يكن ظهاراً كما لو قال لا أكلك .

(فصل) فان قال أنا مظاهر أو علي الظهار أو علي الحرام أو الحرام لي لازم ولا نية له لم يلزمه شيء لانه ليس بصريح في الظهار وإن نوى به الظهار أو اقترنت به قرينة تدل على إرادة الظهار مثل أن يعلقه على شرط مثل أن يقول علي الحرام إن كلك احتمال أن يكون ظهاراً لانه أحد نوعي التحريم للزوجة فصح بالسمائية مع البيئة كالطلاق ويحتمل أن لا يثبت الظهار به لان الشرع انما ورد به بصريح لفظه ، وهذا ليس بصريح فيه ولانه يمين موجبة للكفارة فلم يثبت حكمه بغير الصريح كاليمين بالله تعالى .

الظهار والتشبيه بالحرمة تحريم فكان ظهاراً ، فأما الحائض فيباح الاستمتاع بها في غير الفرج والحرمة يحل له النظر اليها ولمسها من غير شهوة ، وليس في وطء واحدة منها حد بخلاف مسئلتنا ، واختار أبو بكر أن الظهار لا يكون إلا من ذوات المحارم من النساء قال فهذا أقول

(فصل) وان شبهها بظهر أبيه أو بظهر غيره من الرجال أو قال أنت علي كظهر البهيمة أو أنت علي كالميتة والدم ففي ذلك كله روايتان (أحدهما) انه ظهار ، قال الميموني قلت لاحد إن ظاهر من ظهر الرجل قال فظهر الرجل حرام يكون ظهاراً وبهذا قال ابن القمام صاحب مالك فيما إذا قال أنت علي كظهر أبي وروي ذلك عن جابر بن زيد

(والرواية الثانية) ليس بظهار وهو قول أكثر العلماء لانه تشبيه بما ليس بمحل للاستمتاع أشبه ما لو قال أنت علي كمال زيد ، وهل فيه كفارة ؟ على روايتين (أحدهما) فيه كفارة لانه نوع تحريم فأشبه ما لو حرم ماله (والثانية) ليس فيه شيء ، نقل ابن القمام عن أحمد فيمن شبه امرأته بظهر الرجل لا يكون ظهاراً ولم أره يلزمه فيه شيء ، وذلك لانه تشبيه لامرأته بما ليس بمحل للاستمتاع أشبه التشبيه بمال غيره ، وقال أبو الخطاب في قوله أنت علي كالميتة والدم إن نوى به الطلاق كان طلاقاً وان نوى الظهار كان ظهاراً وان نوى البين كان يميناً وان لم ينو شيئاً ففيه روايتان (أحدهما) هو ظهار (والاخرى) هو يمين ولم يتحقق عندي معنى ارادته الظهار واليمين والله أعلم

(فصل) فان قال أنت عندي أو مني أو هي كظهر أمي كان ظهاراً بمنزلة علي لان هذه الالفاظ

(فصل) يكره أن يسمى الرجل امرأته بمن تحرم عليه كأمه وأخته وبنته لما روى أبو داود باسناده عن أبي تميم الهجيمي أن رجلاً قال لامرأته يا أخته فقال رسول الله ﷺ « أختك هي ؟ » فكره ذلك ونهى عنه ولانه لفظ يشبه لفظ الظهار ولا تحرم بهذا ولا يثبت حكم الظهار لان النبي ﷺ لم يقل له حرمت عليك ولان هذا اللفظ ليس بصريح في الظهار ولا نواه به فلا يثبت التحريم وفي الحديث عن النبي ﷺ الله عليه وسلم « أن ابراهيم عليه السلام أرسل اليه جبار فسأله عنها يعني عن سارة فقال انها أختي ولم يعد ذلك ظهاراً

﴿ مسألة ﴾ (وإن قال أنت علي كأخي كان مظاهراً فان قال أردت كأخي في الكرامة أو نحوه

دين وهل يقبل في الحكم ؟ يخرج على روايتين)

إذا قال أنت علي كأخي أو مثل أمي ونوى الظهار فهو ظهار في قول عامة العلماء منهم أبو حنيفة وصاحبه والشافعي واسحاق وان أطلق فقال أبو بكر هو صريح في الظهار وهو قول مالك ومحمد ابن الحسن . وقال ابن أبي موسى فيه روايتان أظهرهما أنه ليس بظهار حتي ينويه وهذا قول أبي حنيفة والشافعي لان هذا يستعمل في الكرامة أكثر مما يستعمل في التحريم فلم ينصرف اليه بغير نية

في معناه ، وان قال جملتك أو بدنك أو جسمك أو ذانك أو كاك علي كظهر أمي كان ظهارا لانه أشار اليها فهو كقوله أنت ، وان قل أنت كظهر أمي كان ظهارا لانه أنى بما يقتضي تحريمها عليه فانصرف الحكم اليه كما لو قال أنت طاق ، وقال بعض الشافعية ليس بظهار لانه ليس فيه ما يدل على أن ذلك في حقه وليس بصحيح فانها إذا كانت كظهر أمه فظهر أمه محرم عليه

(فصل) وان قال أنت علي كأمي أو مثل أمي ونوى به الظهار فهو ظهار في قول عامة العلماء منهم أبو حنيفة وصاحبه والشافعي وإسحاق ، وان نوى به الكرامة والتوقير أو انها مثلها في الكبير أو الصفة فليس بظهار والقول قوله في نيته ، وان أطلق فقال أبو بكر هو صريح في الظهار وهو قول مالك ومحمد بن الحسن ، وقال ابن أبي موسى فيه روايتان أظهرهما انه ليس بظهار حتى ينويه وهذا قول أبي حنيفة والشافعي لان هذا اللفظ يستعمل في الكرامة أكثر مما يستعمل في التحريم فلم ينصرف اليه بغير نية ككنايات الطلاق

ووجه الاول انه شبه امرأته بجملة أمه فكان مشبها لها بظهارها فيثبت الظهار كما لو شبهها به منفردا ، والذي يصح عندي في قياس المذهب أنه إن وجدت قرينة تدل على الظهار مثل أن يخرج مخرج الحلف فيقول إن فعلت كذا فأنت علي مثل أمي أو قال ذلك حال الخصومة والغضب فهو ظهار لانه إذا خرج مخرج الحلف فالحلف يراد للامتناع من شيء أو الحث عليه وانما يحصل ذلك بتحريمها عليه ، ولان كونها مثل أمه في صفتها أو كرامتها لا يتعلق على شرط فيدل على انه إنما أراد الظهار ووقوع ذلك في حال الخصومة والغضب دليل على انه أراد به ما يتعلق بأذاها ويوجب اجتنابها وهو

ككنايات الطلاق . (والثانية) هو ظهار لانه شبه امرأته بجملة أمه فكان مشبها لها بظهارها فيثبت الظهار كما لو شبهها به منفردا

قال شيخنا والذي يصح عندي في قياس المذهب أنه ان وجدت قرينة تدل على الظهار مثل أن يخرج مخرج الحلف فيقول إن فعلت كذا فأنت علي مثل أمي أو قال ذلك حال الخصومة والغضب فهو ظهار لانه إذا أخرجه مخرج الحلف فالحلف يراد للامتناع من شيء أو الحث عليه وانما يحصل ذلك بتحريمها عليه ولان كونها مثل أمه في صفتها وكرامتها لا يتعلق بشرط فيدل على انه إنما أراد الظهار ووقوع ذلك في حال الخصومة والغضب دليل على أنه أراد به ما يتعلق بأدائها ويوجب اجتنابها وهو الظهار وإن عدم ذلك فليس بظهار لانه محتمل لغيره احتمالا كثيرا فلا يتعين الظهار فيه بغير دليل ونحوه قول أبي ثور فأما إن قال أردت كأمي في الكرامة ونحو ذلك فانه يدين لان ما قاله محتمل ويقبل في الحكم في أصح الروايتين . اختاره شيخنا لانه لما احتمل الظهار وغيره ترجح عدم الظهار بدعوى الارادة ، (والثانية) لا يقبل لانه لما قال أنت علي كأمي اقضي أن يكون عليه فيها تحريم فأشبهه ما لو قال أنت علي كظهر أمي

الظهار وان عدم هذا فليس بظهار لانه محتمل لغير الظهار احتمالاً كثيراً فلا يتعين الظهار فيه بغير دليل ونحو هذا قول أبي ثور وهكذا لو قال أنت علي كأمي أو مثل أمي أو قال أنت أمي أو امرأتي أمي مع الدليل الصارف له الى الظهار كان ظهاراً إما بنية أو ما يقوم مقامها ، وان قال أمي امرأتي أو مثل امرأتي لم يكن ظهاراً لانه تشبيه لأمه ووصف لها وليس بوصف لامرأته

(الفصل الثالث) أنه إذا قال أنت علي حرام فإن نوى به الظهار فهو ظهار في قول عامةهم وبه يقول أبو حنيفة والشافعي ، وان نوى به الطلاق فقد ذكرناه في باب الطلاق وان أطلق ففيه روايتان (أحدهما) هو ظهار ذكره الحرق في موضع آخر ونص عليه أحمد في رواية جماعة من أصحابه وذكره إبراهيم الحربي عن عثمان وابن عباس وأبي قلابة وسعيد بن جبير وميمون بن سهران والقي أنهم قالوا: الحرام ظهار ، وروي عن أحمد ما يدل على أن التحريم يمين ، وروي عن ابن عباس أنه قال ان التحريم يمين في كتاب الله عز وجل قال الله عز وجل (يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك - ثم قال - قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم) وأكثر الفقهاء على أن التحريم إذا لم ينو به الظهار ليس بظهار وهو قول مالك وأبي حنيفة والشافعي ، ووجه ذلك الآية المذكورة وان التحريم يتنوع منه ما هو بظهار وبطلاق وبحيض واحرام وصيام فلا يكون التحريم صريحاً في واحد منها ولا ينصرف اليه بغير نية كما لا ينصرف الى تحريم الطلاق ، ووجه الاول انه تحريم أوقعه في امرأته فكان باطلاً ظهاراً كتشبيهها بظهار أمه ، وقوله ان التحريم يتنوع قلنا الا ان تلك الانواع منتفية ولا يحصل بقوله منها الا الطلاق وهذا أولى

﴿مسئلة﴾ (وإن قال أنت كأمي أو مثل أمي ولم يقل علي ولا عندي فإن نوى به الظهار كان ظهاراً لانه يحتمله)

قال شيخنا وحكمه كما إذا قال أنت علي كأمي أو قال أنت أمي أو امرأتي أمي إن نواه أو كان مع الدليل الصارف له الى الظهار فهو ظهار وإلا فلا . وذكر أبو الخطاب فيها روايتين مثل قوله : أنت علي كأمي والأولى أن هذا ليس بظهار إذا أطلق لانه ليس بصريح في الظهار لكونه غير اللفظ المستعمل فيه فلا يكون ظهاراً بغير نية كما لو قال أنت كبيرة مثل أمي ولانه يحتمل التشبيه في التحريم وغيره فلا يجوز أن يتبين التحريم بغير نية فأما إن قال أمي امرأتي أو مثل امرأتي لم يكن ظهاراً لانه تشبيه لأمه ووصف لها وليس بوصف لامرأته

﴿مسئلة﴾ (وإن قال أنت علي كظهر أبي ففيه روايتان)

(أحدهما) هو ظهار لانه شبهها بظهر من يحرم عليه على التأيد أشبه الام وكذلك إن شبهها بظهر غيره من الرجال أو قال أنت علي كظهر البهيمة أو أنت علي كاليتة والدم قال الميموني قلت لأحمد إن ظاهر من ظهر الرجل قال فظهر الرجل حرام يكون ظهاراً وبهذا قال ابن القاسم صاحب مالك فيما إذا قال أنت علي كظهر أبي وروي ذلك عن جابر بن زيد

منه لان الطلاق تبين به المرأة وهذا يحرمها مع بقا الزوجية فكان أدنى التحريمين فكان أولى، فأما ان قال ذلك لمحرمته عليه بمحض أو نحوه وقصد الظهار فهو ظهار وان قصد انها محرمة عليه بذلك السبب فلا شيء فيه فان أطاق فليس بظهار لانه يحتمل الخبر عن حالها، ويحتمل انشاء التحريم فيها بالظهار بلا تبين أحدهما بغير تعيين (فصل) فان قال الحل علي حرام أو ما أحل الله علي حرام أو ما أنقلب اليه حرام وله امرأة فهو مظاهر نص عليه أحمد في الصور الثلاث وذلك لان لفظه يقتضي العموم في تناول المرأة بعمومه وإن صرح بتحريم المرأة أو نواها فهو أكد، قال أحمد فيمن قال ما أحل الله علي حرام من أهل ومال عليه كفارة الظهار هو يمين وتجزئة كفارة واحدة في ظاهر كلام أحمد هذا، واختار ابن عقيل أنه يلزمه كفارتان للظهار ولتحريم المال لان التحريم تناولهما وكل واحد منهما لو انفرد أوجب كفارة فكذلك اذا اجتمعا

ولنا أنها يمين واحدة فلا توجب كفارتين كما لو تظاهر من امرأتين أو حرم من ماله شيئين وما ذكره ينتقض بهذا، وفي قول أحمد هو يمين إشارة إلى التعليل بما ذكرناه لان اليمين الواحدة لا توجب أكثر من كفارة، وان نوى بتوابع ما أحل الله علي حرام وغيره من لفظات العموم المال لم يلزمه إلا

والرواية الثانية ليس بظهار وهو قول أكثر العلماء لانه تشبيه بما ليس بمحل للاستمتاع أشبه ما لو قال أنت علي كمال زبد وهل فيه كفارة؟ على روايتين (إحداها) فيه كفارة لانه نوع تحريم أشبه ما لو حرم ماله (والثانية) ليس فيه شيء. نقل ابن القاسم عن أحمد فيمن شبه امرأته بظهر الرجل لا يكون ظهاراً ولم ار يلزمه فيه شيء. وذلك لانه تشبيه لامرأته بما ليس بمحل للاستمتاع أشبه التشبيه بمال غيره وان قال انا عليك كظهر أي أوحرام ونوى به الظهار فهل هو ظهار؟ على وجهين ذكره في المحرر

﴿مسئلة﴾ (وان قال أنت علي كظهر أجنبية أو أخت زوجتي أو عمتها أو خالتها فعلى روايتين) إذا شبه امرأته بظهر من تحرم عليه تحريماً مؤقلاً كاخت امرأته أو عمتها أو الأجنبية فعن أحمد فيه روايتان (إحداها) أنه ظهار اخاره الخرق وهو قول أصحاب مالك (والثانية) ليس بظهار وهو مذهب الشافعي لأنها غير محرمة على التأيد فلا يكون التشبيه بها ظهاراً كالحيض والمحرمة من نسائه، ووجه الرواية الاولى أنه شبهها بمحرمة فأشبهه ما لو شبهها بالأم ولان مجرد قوله أنت علي حرام إذا نوى به الظهار ظهار، والتشبيه بالمحرمة تحريم فكان ظهاراً، فأما الحائض فيباح الاستمتاع بها في غير الفرج والمحرمة محل النظر اليها ولمسها لغير شهوة وليس في وطء واحدة منها حد بخلاف مسئلتنا، واختار أبو بكر ان الظهار لا يكون إلا من ذوات المحارم من النساء قال فهذا أقول

﴿مسئلة﴾ (وان قال أنت علي كظهر البهيمة لم يكن مظاهراً)

لانه ليس بمحل للاستمتاع وفيه وجه آخر أنه يكون مظاهراً كما لو شبهها بظهر أبيه

كفارة يمين لان اللفظ العام يجوز استعماله في الخاص وعلى الرواية الاخرى التي تقول إن الجرام باطلاة
ليس بظهار لا يكون ههنا مظاهراً إلا أن ينوي الظهار

(فصل) وإن قال أنت علي كظهر أمي حرام فهو صريح في الظهار لا ينصرف الى غيره سواء
نوى الطلاق أو لم ينوه وليس فيه اختلاف بحمد الله لانه صرح بالظهار وبينه بقوله حرام ، وإن قال
أنت علي حرام كظهر أمي أو كأمي فكذلك وبه قال أبو حنيفة وهو أحد قولي الشافعي (والقول الثاني)
إذا نوى الطلاق فهو طلاق وهو قول أبي يوسف ومحمد إلا أن أبا يوسف قال لا أقبل قوله في نفي الظهار
ووجه قولهم أن قوله أنت علي حرام إذا نوى به الطلاق فهو طلاق وزيادة قوله كظهر أمي بعد ذلك
لا ينفي الطلاق كما لو قال أنت طالق كظهر أمي

ولنا أنه أتى بصريح الظهار فلم يكن طلاقاً كالتي قبلها وقولهم إن التحريم مع نية الطلاق طلاق
لانسلمه وإن سلمناه لكننه فسر لفظه ههنا بصريح الظهار بقوله فكان العمل بصريح القول أولى
من العمل بالنية .

(فصل) وإن قل أنت طالق كظهر أمي طقت وسقط كظهر أمي لانه أتى بصريح الطلاق أولاً
وجعل قوله كظهر أمي صفة له فإن نوى بقوله كظهر أمي تأكيد الطلاق لم يكن ظهاراً كما لو أطلق وإن

﴿مسئلة﴾ (وإن قال أنت علي حرام فهو ظهار إلا ان ينوي طلاقاً أو يميناً فهل يكون ظهاراً أو
مانواه؟ على روايتين)

إذا نوى به الظهار فهو ظهار في قول عامتهم وبه يقول أبو حنيفة والشافعي وإن نوى به الطلاق
فقد ذكرناه في باب صريح الطلاق وكنايته، وإن أطلق ففيه روايتان (إحداهما) أنه ظهار ذكره الحارثي
ونص عليه أحمد في رواية جماعة من أصحابه وحكاها ابراهيم الحارثي عن عثمان وابن عباس وأبي قلابة
وسعيد بن جبير وميمون بن مهران والبقى أنهم قالوا الحرام ظهار، وروي عن أحمد ما يدل على ان التحريم
يمين وروي عن ابن عباس أنه قال التحريم يمين في كتاب الله عز وجل (يا أيها النبي لم تحرم
ما أحل الله لك؟ - ثم قال - قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم) وأكث الفقهاء على ان التحريم إذ لم ينو به
الظهار فليس بظهار وهو قول مالك وأبي حنيفة والشافعي لثلاثة مذكورة ولان التحريم يتنوع منه ما هو
بظهار وبطلاق وبحيض وإحرام وصيام فلا يكون التحريم صريحاً في واحد منها ولا ينصرف اليه بغير
نية كما لا ينصرف الى تحريم الطلاق، ووجه الاولى أنه تحريم أوقعه في امرأته فيمكن باطلاقه ظهاراً
كتشبيها بظهر أمه، قولهم ان التحريم يتنوع قلنا إلا ان تلك الانواع منفية ولا يحصل بقوله منها إلا الطلاق
وهذا أولى منه لان الطلاق تبين به المرأة وهذا يحرمها مع بقاء الزوجية فكان أدنى التحريمين فكان
أولى، فأما ان قال ذلك لمحرمه عليه بحيض أو نحوه ونوى الظهار فهو ظهار وان قصد أنها محرمة عليه بذلك
فليس بظهار لانه يحتمل الخبر عن حالها ويحتمل لإنشاء التحريم فيها بالظهار فلا يعمين أحدهما بغير تعيين

نوى به الظهار وكان الطلاق بائناً فهو كالظهار من الاجنبية لانه أنى به بعد بدو نيتها بالطلاق وإن كان رجعيًا كان ظهاراً صحيحاً ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي لانه أنى بافظ الظهار فيمن هي زوجة وإن نوى بقوله أنت طالق الظهار لم يكن ظهاراً لانه نوى الظهار بصريح الطلاق ، وإن قال أنت علي كظهر أمي طالق رقع الظهار والطلاق معا سواء . كان الطلاق بائناً أو رجعيًا لان الظهار سبق الطلاق

(فصل) فان قال أنت علي حرام ونوى الطلاق والظهار معا كان ظهاراً ولم يكن طلاقاً لان اللفظ الواحد لا يكون ظهاراً وطلافاً والظهار أولى بهذا اللفظ فينصرف اليه . وقال بعض أصحاب الشافعي يقال له اختر أيما شئت ، وقال بعضهم إن قل أردت الطلاق والظهار كان طلاقاً لانه بدأ به ، وإن قال أردت الظهار والطلاق كان ظهاراً لانه بدأ به فيكون ذلك اختياراً له ويلزمه ما بدأ به ولما أنه أنى بلفظة الحرام ينوي بها الظهار فكانت ظهاراً كما لو انفرد الظهار بنيته ولا يكون طلاقاً لانه زاحمت نيته نية الظهار وتعذر الجميع والظهار أولى بهذه اللفظة لان معناها واحد وهو التحريم فيجب أن يغلب ما هو الاول ، أما الطلاق فان معناه الاطلاق وهو حل قيد النكاح وانما التحريم حكم له في بعض أحواله وقد ينفك عنه فان الرجعية مطابقة لمباحة وأما التخيير فلا يصح لان هذه اللفظة قد

(فصل) فان قال الحل علي حرام أو ما أحل الله علي حرام أو ما أنقلب اليه حرام وله امرأة فهو مظاهر نص عليه أحمد في الصور الثلاث وذلك لان لفظه يقتضي العموم فيتناول المرأة بعمومه وان صرح بتحريم المرأة أو نواها فهو أكد قال أحمد فيمن قال ما أحل الله علي حرام من أهل ومال: عليه كفارة الظهار هو يمين ويجزئه كفارة واحدة في ظاهر كلام أحمد هذا ، واختار ابن عقيل أنه يلزمه كفارتان للظهار ولتحريم المال لان التحريم يتناولهما وكل واحد منهما لو انفرد أوجب كفارة فكذلك إذا اجتمعا .

ولما أنها يمين واحدة فلا توجب كفارتين كما لو تظاهر من امرأتين أو حرم من ماله شيئين وما ذكره منقضى بهذا وفي قول أحمد هو يمين اشارة الى التعليق بما ذكرناه لان اليمين الواحدة لا توجب أكثر من كفارة واحدة ، فان نوى بقوله ما أحل الله علي حرام وغيره من لفظات العموم المال لم يلزمه الا كفارة اليمين لان اللفظ العام يجوز استعماله في الخاص ، وبني الرواية الاخرى التي تقول إن الحرام باطلاقه ليس بظهار لا يكون ههنا مظاهراً إلا ان ينوي الظهار

(فصل) وان قال أنت علي كظهر أمي حرام فهو صريح في الظهار لا ينصرف الى غيره سواء نوى الطلاق أو لم ينوه وليس فيه اختلاف بحمد الله لانه صرح بالظهار وبينه بقوله حرام وان قال أنت علي حرام كظهر أمي أو كأمي فكذلك وبه قال أبو حنيفة وهو احد قولي الشافعي ، والقول الثاني إذا نوى الطلاق فهو طلاق وهو قول أبي يوسف ومحمد الا ان أبا يوسف قال لا قبل قوله في نفي الظهار ، ووجه قولهم ان قوله انت علي حرام إذا نوى به الطلاق فهو طلاق ، وزيادة قوله كظهر أمي بعد ذلك لا تنفي الطلاق كما لو قال قال أنت طالق كظهر أمي

ثبت حكمها حين لفظ بها لكونه أهلاً والحل قبلاً ولهذا لو حكى بأنه طلاق لكانت عدتها من حين أوقع الطلاق وليس إليه رفع حكم ثبت في الحل باختياره وأبداه بإرادته ، والقول الآخر مبني على أن له الاختيار وهو فاسد على ما ذكرنا ثم إن الاعتبار بجميع لفظه لا بما بدأ به ، ولذلك لو قال طلقت هذه أو هذه لم يلزمه طلاق الأولى

(الفصل الرابع) أنه إذا شبهه عضو من امرأته بظهر أمه أو عضو من أعضائها فمظاهر فلو قال فوجك أو ظهرك أو رأسك أو جلدك علي كظهر أمي أو بدنها أو رأسها أو يدها فهو مظاهر وهذا قال مالك وهو نص الشافعي ، وعن أحمد رواية أخرى أنه ليس بمظاهر حتى يشبه جملة امرأته لأنه لو حلت باله لا يمس عضو منها لم يسر إلى غيره فكذلك المظاهرة ولأن هذا ليس بمنصوص عليه ولا هو في معنى المنصوص لأن تشبيه جملة أمهاتشبهه لمحل الاستمتاع بما يتأكد تحريمه وفيه تحريم لمحلها فيكون أكد ، وقال أبو حنيفة إن شبهها بما يحرم النظر إليه من الأم كالفرج والخذ ونحوهما فهو مظاهر وإن لم يحرم النظر إليه كل رأس والوجه ، لم يكن مظاهراً لأنه شبهها بعضو لا يحرم النظر إليه فلم يكن مظاهراً كما لو شبهها بعضو زوجة له أخرى

ولنا أنه أتى بصريح الظاهر فلم يكن طلاقاً كالتي قبها ، وقولهم إن التحريم مع نية الطلاق طلاق لا نسلمه وإن سلمناه لكنه فسر لفظه هنا بصريح الظاهر بقوله فكان العمل بصريح القول أولى من العمل بالنية

(فصل) وإن قال أنت طالق كظهر أمي طلقت وسقط قوله كظهر أمي لأنه أتى بصريح الطلاق أولاً وجعل قوله كظهر أمي صفة له فإن نوى بقوله كظهر أمي تأكيداً للطلاق لم يكن ظهاراً كما لو أطلق وإن نوى به الظهار وكان الطلاق بائناً فهو كالظهار من الأجنبية لأنه أتى به بعد ينوتها بالطلاق وإن كان رجعيّاً كان ظهاراً صحيحاً ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي لأنه أتى بلفظ الظهار في زمن هي زوجة ، وإن نوى بقوله أنت طالق الظهار لم يكن ظهاراً لأنه نوى الظهار بصريح الطلاق وإن قال أنت علي كظهر أمي طالق وقع الظهار والطلاق معاً سواء كان الطلاق بائناً أو رجعيّاً لأن الظهار سبق الطلاق .

(فصل) وإن قال أنت علي حرام ونوى الطلاق والظهار معاً كان ظهاراً ولم يكن طلاقاً لأن اللفظ الواحد لا يكون ظهاراً وطلاقاً ، والظهار أولى بهذا اللفظ فينصرف إليه ، وقال بعض أصحاب الشافعي يقال له اختر أيهما شئت وقال بعضهم إن قال أردت الطلاق والظهار كان طلاقاً لأنه بدأ به وإن قال أردت الظهار والطلاق كان ظهاراً لأنه بدأ به فيكون ذلك اختياراً له ويلزمه ما بدأ به

ولنا أنه أتى بلفظ الحرام ينوي به الظهار فكانت ظهاراً كما لو انفرد الظهار بنيته ولا يكون طلاقاً لأنه زاحمت نيته نية الظهار وتبذر الجمع والظهار أولى بهذه اللفظة لأن معناها واحد وهو التحريم فيجب أن يغلب ما هو الأولى . أما الطلاق فإن معناه الإطلاق وهو حل قيد النكاح وإنما التحريم حكم

ولنا انه شبهها بعضو من أمه فكان مظاهراً كما لو شبهها بظهرها، وفارق الزوجة فانه لو شبهها بظهرها لم يكن مظاهراً والنظر ان لم يحرم فان التلذذ يحرم وهو المستفاد بمقتضى النكاح (فصل) وان قال كشعر أمي أو سننها أو ظفرها أو شبه شيئاً من ذلك من امرأته بأمة أو بعضو من أعضائها الثلاثة لم يكن مظاهراً لأنها ليست من أعضاء الأم الثابتة ولا يقع الطلاق باضافته إليها فكذلك الظهار وكذلك لو قال كزوج أمي فان الزوج لا يوصف بالتحريم ولا هو محل الاستمتاع وكذلك الريق والعرق والدمع، وإن قال وجهي من وجهك حرام فليس بظهار. نص عليه أحمد وقال هذا شيء يقوله الناس ليس بشيء وذلك لان هذا يستعمل كثيراً في غير الظهار ولا يؤدي معنى الظهار فلم يكن ظهاراً كما لو قال لأهلك

(فصل) فان قل أنا مظاهر أو علي الظهار أو علي الحرام أو الحرام لي لازم ولا نية له لم يلزمه شيء لانه ليس بصرح في الظهار ولا نوى به الظهار وإن نوى به الظهار أو اقترنت به قرينة تدل على ارادته الظهار مثل أن يعلمه على شرط فيقول علي الحرام ان كلمتك احتمل أن يكون ظهاراً لانه

له في بعض أحواله وقد ينفك عنه فان الرجعية مطلقة مباحة، وأما التخيير فلا يصح لان هذه اللفظة قد ثبت حكمها حين لفظها لكونه أهلاً والحل قابلاً ولهذا لو حكمنا بأنه طلاق لكانت عدتها من حين أوقع الطلاق وليس إليه رفع حكم ثبت في الحل باختياره وابداله بإرادته، والقول الآخر مبني على أن له الاختيار وهو فاسد على ما ذكرنا ثم ان الاعتبار بجميع لفظه لا بما بدأ به ولذلك لو قال طلقت هذه أو هذه لم يازمه طلاق الأولى

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (ويصح من كل زوج يصح طلاقه مسلماً كان أو ذمياً)

كل زوج صح طلاقه صح ظهاره وهو البالغ العاقل مسلماً كان أو كافراً حراً أو عبداً قال أبو بكر وظهار السكران مبني على طلاقه قال القاضي وكذلك ظهار الصبي مبني على طلاقه، قال شيخنا والافوى عندي أنه لا يصح من الصبي ظهار ولا إيلاء لأنها عين موجبة للكفارة فلم تنعقد يمينه كاليمين بالله تعالى ولان الكفارة وجبت لما فيه من قول المنكر والزور وذلك مرفوع عن الصبي لكون القلم مرفوعاً عنه فأما ظهار العبد فهو صحيح، وقيل لا يصح ظهاره لان الله تعالى قال (فتحرير رقبة) والعبد لا يملك الرقاب.

ولنا عموم الآية ولانه مكلف يصح طلاقه فصح ظهاره كالحر وأما إيجاب الرقبة فأما هو على من يجدها ولا ينفى الظهار في حق من لم يجدها كالعسر فرضه الصيام، ويصح ظهار الذمي وبه قال الشافعي وقال مالك وأبو حنيفة لا يصح لان الكفارة لا تصح منه وهي الرافعة للتحريم فلا يصح منه التحريم ودليل أن الكفارة لا تصح منه أنها تفتقر إلى النية فلا تصح منه كسائر العبادات ولنا أن من صح طلاقه صح ظهاره كالمسلم فأما ما ذكره فيبطل بكفارة الصيد إذا قتله في الحرم

أحد نوعي تحريم الزوجة فصح بالكناية مع النية كالطلاق، ويحتمل أن لا يثبت به الظهار لأن الشرع إنما ورد به بصريح لفظه وهذا ليس بصريح فيه ولأنه يمين موجبة للكفارة فلم يثبت حكمه بغير الصريح كاليمين بالله تعالى

(فصل) يكره أن يسمي الرجل امرأته من تحرم عليه كالمه أو أخته أو بنته لما روى أبو داود بإسناده عن أبي تيممة المجعفي أن رجلاً قال لامرأته يا أخية فقال رسول الله ﷺ «أختك هي؟» فكره ذلك ونهى عنه ولأنه لفظ يشبه لفظ الظهار، ولا تحرم بهذا ولا يثبت حكم الظهار فإن النبي ﷺ لم يقل له حرمت عليك، ولأن هذا اللفظ ليس بصريح في الظهار ولا نواه به فلا يثبت التحريم. وفي الحديث عن النبي ﷺ أن إبراهيم عليه السلام أرسل إليه جبار فسأله عنها يعني عن سارة فقال: إنها أختي ولم يعد ذلك ظهاراً

(الفصل الخامس) أن المظاهر يحرم عليه وطء امرأته قبل أن يكفر وليس في ذلك اختلاف إذا كانت الكفارة عنهما أو صوما لقول الله تعالى (فمحرير رقبة من قبل أن يماسا) وقوله سبحانه (فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يماسا) وأكثر أهل العلم على أن التكفير بالأطعام يش ذلك وأنه

وكذلك الحد يقام عليه ولا نسلم أن التكفير لا يصح منه فإنه يصح منه العتق وإنما لا يصح منه الصيام فلا تمتنع صحة الظهار بامتناع بعض أنواع الكفارة كما في حق العبد، والنية إنما تعتبر لتعيين الفعل للكفارة فلا يمتنع ذلك في حق الكافر كالتنية في كنيات الطلاق ومن يخنق في الأحيان يصح ظهاره في إفاقته كما يصح طلاقه فيه

(فصل) ومن لا يصح طلاقه لا يصح ظهاره كالطفل والزائل العقل مجنون أو غماء أو نوم أو غيره وبه قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه خلافاً ولا يصح ظهار المكروه، وبه قال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر وقال أبو يوسف يصح ظهاره، والخلاف في ذلك مبني على الخلاف في صحة طلاقه وقد مضى ذكره.

(مسئلة) (ويصح من كل زوجة كبيرة كانت أو صغيرة مسلمة أو ذمية ممكن وطؤها أو غير ممكن)

وبه قال مالك والشافعي وقال أبو ثور لا يصح الظهار ممن لا يمكن وطؤها لأن الظهار لتحريم وطئها وهو ممنوع منه بغير اليمين. ولنا عموم الآية ولأنها زوجة يصح طلاقها فصح الظهار منها كغيرها

(مسئلة) فإن ظاهر من أمته أو أم ولده لم يصح وعليه كفارة يمين ويحتمل أن تلزمه كفارة الظهار وعن روي عنه أنه لا يصح الظهار منهما ابن عمر وعبد الله بن عمرو وسعيد بن المسيب ومجاهد والشعبي وربيعة والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه وروي عن الحسن وعكرمة والنخعي وعمرو بن دينار وسليمان بن يسار والزهري وقتادة والحكم والثوري ومالك في الظهار من الأمة كفارة تامة لأنها مباحة

يحرم وطؤها قبل التكفير ، منهم عطاء ، والزهرى والشافعي وأصحاب الرأي وذمب أبو ثور الى إباحة الجماع قبل التكفير بلا طعام وعن أحمد ما يقتضي ذلك لأن الله تعالى لم يمنع المسيس قبله كما في العتق والصيام ولنا ما روى عكرمة عن ابن عباس أن رجلاً أتى النبي ﷺ فقال يا رسول الله أني تظاهرت من امرأتي فوكت عليها قبل أن أكفر ؟ فقال « ما حلك على ذلك برحمتك الله ؟ » قال رأيت خالخالها في ضوء القمر ، قال « فلا تقربها حتى تفعل ما أمرك الله » رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن ولا به مظاهر لم يكفر فحرم عليه جماعها كما لو كانت كفارة العتق أو الصيام وترك النص عليها لا يمنع قياسها على المنصرص الذي في معناها

(فصل) فأما التلذذ بما دون الجماع من القبلة واللمس والمباشرة فيما دون الفرج ففيه روايتان (أحدهما) يحرم وهو اختيار أبي بكر وهو قول الزهرى ومالك والاوزاعي وأبي عبيد وأصحاب الرأي ، وروى ذلك عن النخعي وهو أحد قولي الشافعي لأن ما حرم الوطء من القول حرم دواعيه كالطلاق والاحرام (والثانية) لا تحرم قال أحمد أرجو أن لا يكون به بأس وهو قول الثوري وإسحاق وأبي حنيفة

له فصيح الظاهر منها كالزوجة وعن الحسن والاوزاعي ان كان يطؤها فهو ظهار وإلا فلا لأنه إذا لم يطأها فهو كتحريم ماله ، وقال عطاء عليه نصف كفارة حرة لأن الأمة على النصف من الحرية في كثير من أحكامها وهذا من أحكامها فيكون على النصف

ولنا قوله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم) نخصهن به ولأنه لفظ تعلق به تحريم الزوجة فلا تحرم به الأمة كالطلاق ، ولأن الظهار كان طلاقاً في الجاهلية فنقل حكمه وبقي محله قال أحمد قال أبو قلابة وقتادة ان الظهار كان طلاقاً في الجاهلية ويلزمه كفارة يمين لأنه تحريم لمباح من ماله فكانت فيه كفارة يمين كتحريم سائر ماله ، قال نافع حرم رسول الله ﷺ جاريته فأمره الله ان يكفر يمينه وعن أحمد عليه كفارة ظهار لأنه أتى بالنكر من القول والزور وكما لو قالت المرأة لزوجها أنت علي كظهر أبي قال أبو بكر لا يزوج هذا على مذهبه لأنه لو كانت عليه كفارة ظهار كان ظهاراً ويحتمل ان لا يلزمه شيء قاله أبو الخطاب بناء على قوله في المرأة إذا قالت لزوجها أنت علي كظهر أبي لا يلزمها شيء فان قال لأمته أنت علي حرام فعليه كفارة يمين لقول الله تعالى (يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك ؟ - الى قوله - قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم) نزلت في تحريم النبي ﷺ لجاريته في قول بعضهم وبخروج على الرواية الاخرى أن يلزمه كفارة ظهار لأن النحرىم ظهار والاول هو الصحيح إن شاء الله تعالى .

(مسئلة) (وان قالت المرأة لزوجها أنت علي كظهر أبي لم تكن مظهرة) وجملة ذلك ان المرأة اذا قالت لزوجها انت علي كظهر أبي أو قالت إن تزوجت فلاناً فهو علي

وحكي عن مالك وهو القول الثاني للشافعي لانه وطء يتعلق بتحريمه مال فلم يتجاوز التحريم كوطء الحائض (فصل) ولا يصح الظهار من أمتة ولا أم ولده . روي ذلك عن ابن عمر وعبد الله بن عمرو وسعيد بن المسيب ومجاهد والشعبي وربيعة والاوزاعي والشافعي وأبي حنيفة وأصحابه ، وروي عن الحسن وعكرمة والنخعي وعمر بن دينار وسليمان بن يسار والزهري وقتادة والحكم والثوري ومالك في الظهار من الامة كفارة نامة لانها مباحة له فصح الظهار منها كالزوجة ، وعن الحسن والاوزاعي إن كان بطؤها فهو ظهار والا فلا لانه اذا لم بطأها فهو كتحريم ماله وقال عطاء عليه نصف كفارة حرة لان الامة على النصف من الحرية في كثير من أحكامها وهذا من أحكامها فتكون على النصف

ولنا قول الله تعالى (والذين بظهارون من نسائهم) فخصهم به ، ولانه لفظية ملق به بتحريم الزوجة فلا تحرم به الامة كالطلاق ولان الظهار كان طلاقا في الجاهلية فنقل حكمه وبقي محله ، قال أحمد قال أبو قلابة وقتادة ان الظهار كان طلاقا في الجاهلية ، وروي عن أحمد أن على المظاهر من أمتة كفارة ظهار ، وقال أبو بكر لا يتوجه هذا على مذهبه لانه لو كانت عليه كفارة ظهار كان ظهاراً ولكن عليه كفارة يمين لانه تحريم لمباح من ماله فكانت فيه كفارة يمين كتحريم سائر ماله . قل نافع حرم رسول

كظهار أبي فليس ذلك بظهار قال القاضي لا تكون مظهرة رواية واحدة وهو قول أكثر أهل العلم منهم مالك والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وقال الزهري والاوزاعي هو ظهار روي ذلك عن الحسن والنخعي إلا أن النخعي قال اذا قالت ذلك بعد ما تزوجت فليس بشيء ، ولعلمهم يحتجون بأنها أحد الزوجين ظاهر من الآخر فكان مظاهرا كالرجل

ولنا قول الله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم) فخصهم بذلك ولانه قول يوجب تحريماً في الزوجة يملك الزوج رفعه فاخص به الرجل كالطلاق، ولان الحل في المرأة حق الرجل فلم تملك المرأة إزالته كسائر حقوقه . إذا ثبت ذلك فاختلف عن أحمد في الكفارة فنقل عنه جماعة عليها كفارة الظهار لما روى الأثرم بإسناده عن إبراهيم أن عائشة بنت طلحة قالت إن تزوجت مصعب بن الزبير فهو علي كظهار أبي فسألت أهل المدينة فرأوا أن عابها الدفارة وروى علي بن مسهر عن الشيباني قال كنت جالسا في المسجد أنا وعبد الله بن المغفل المري فجاء رجل حتى جالس إلينا فسألته من أنت فقال أنا مولى لعائشة بنت طلحة اعتقني عن ظهارها خطبها مصعب بن الزبير فقالت هو علي كظهار أبي ان تزوجته ثم رغبت فيه بعد فاستفتت اصحاب رسول الله ﷺ وهم يومئذ كثير فأمروها ان تعتق رقبة وتزوجه فتزوجته واعتقني ، وروى سعيد هذين الخبرين مختصرين ولانها زوج آتى بالمنكر من القول والزور فلزمه كفارة الظهار كالأخر ولان الواجب كفارة يمين فاستوي فيها الزوجان كاليمين بالله تعالى والرواية الثانية عليها كفارة يمين

قال أحمد قد ذهب عطاء مذهباً حسناً جملة بمنزلة من حرم على نفسه شيئاً كالطعام وما أشبهه

رسول الله ﷺ جاريته فأمره الله أن يكفر يمينه ويحتمل أن لا يلزمه شيء بناء على قوله في المرأة إذا قالت لزوجها أنت علي كظهر أبي لا يلزمها شيء ، وإن قال لا أمته أنت علي حرام فعليه كفارة يمين لقول الله تعالى (يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك) — إلى قوله تعالى — قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم (فزلت في تحريم النبي ﷺ لجاريته في قول بعضهم ويخرج على الرواية الأخرى أن تلزمه كفارة ظهار لأن التحريم ظهار والاول هو الصحيح إن شاء الله تعالى

(فصل) ويصح الظهار مؤقتا مثل أن يقول أنت علي كظهر أبي شهر أو حتى يذبح شهر رمضان فإذا مضى الوقت زال الظهار وحلت المرأة بلا كفارة ولا يكون عائداً بلوط. في المدة وهذا قول ابن عباس وعطاء وقتادة والثوري وإسحاق وأبي ثور وأحد قولي الشافعي وقوله الآخر لا يكون ظهاراً وبه قال ابن أبي ليلى والبيهقي لأن الشرع ورد بامط الظهار مطاقاً وهذا لم يطابق فأشبهه ما لو شبهها بمن تحرم عليه في وقت دون وقت وقال طائفة إذا ظاهر في وقت فعليه الكفارة وإن بر وقال مالك يسقط التأنيث ويكون ظهاراً مطلقاً لأن هذا اللفظ يجب تحريم الزوجة فإذا رقت لم بتوقت كالطلاق

وهذا أقيس على مذهب أحمد وأشبهه بأصوله لأنه ليس بظهار ومجرد القول من المنكر والزور لا يوجب كفارة الظهار بدليل سائر الكذب والظهار قبل العود والظهار من أمته وام ولده ولأنه تحريم لا يثبت التحريم في الحل فلم يوجب كفارة الظهار كتحریم سائر الحلال ولأنه ظهار من غير أمر أنه فأشبهه الظهار من أمته وماروي عن عائشة بنت طاححة في عتق الرقبة فيجوز أن يكون استأقها تكفيراً ليمينها فإن عتق الرقبة أحد خصال كفارة اليمين ويتعين حمله على هذا لكون الموجود منها ليس بظهار وكلام أحمد في رواية الأثرم لا يقتضي وجوب كفارة الظهار وإنما قال الاحوط أن يكفر وكذا قال ابن المنذر ولا شك أن الاحوط التكفير باغظ الكفارات ليخرج من الخلاف وعن أحمد رواية ثالثة لا شيء عليها وهو قول مالك والشافعي وإسحاق وأبي ثور لأنه قول منكر وزور وليس بظهار فلم يوجب كفارة كالسب والغذف وإذا قلنا بوجوب الكفارة عليها فلا تجب عليها حتى يطأها وهي مطاوعة فإن طلقها أو مات أحدهما قبل وطئها أو أكرها على الوطء فلا كفارة عليها لأنها يمين فلم تجب كفارتها قبل الحنث فيها كسائر الأيمان ويجوز تقديمها لذلك

❦ مسألة ❦ (وعليها تمكين زوجها من وطئها قبل التكفير)

لأنه حق له عليها فلا يسقط يمينها ولأنه ليس بظهار وإنما هو تحريم للحلال فلا يثبت تحريمها كمالو حرم طعامه وتيل ظاهر كلام أبي بكر أنها لا تمكث قبل التكفير الحاقاً بالرجل وليس بجديد لأن الرجل ظهاره صحيح وظهار المرأة غير صحيح ولأن حل الوطء حق للرجل فملك رفعه وهو حق عليها فلا تملك إزالته

ولنا حديث سلمة بن صخر وقوله تظاهرت من امرأتي حتى ينسلخ شهر رمضان وأخبر النبي ﷺ أنه أصابها في الشهر فأمره بالكفارة ولم يعتبر عليه تقييده ولأنه منع نفسه منها بيمين لها كفارة فصح موقتها كالإبلاء وفارق الطلاق فإنه يزول الملك وهو يوقم تحريراً برفعه التكفير فجاز تأقيته ولا يصح قول من أوجب الكفارة وإن بر لأن الله تعالى إنما أوجب الكفارة على الذين يعودون لما قالوا ومن بر وترك العود في الوقت الذي ظاهر فلم يعد لما قال فلا تجب عليه كفارة وفارق النسيئة بمن لا تحرّم عليه على التأبيد لأن تحرّمها غير كامل وهذه حرّمها في هذه المدة تحرّماً مشبهاً بتحرّم ظهر أمه على أننا نمنع الحكم فيها إذا ثبت هذا فإنه لا يكون عائداً إلا بالوطء في المدة وهذا هو المنصوص عن الشافعي ، وقال بعض أصحابه إن لم يطلقها عقيب الظهار فهو عائده عليه الكفارة ، وقال أبو عبيد إذا أجمع على غشيانها في الوقت لزمته الكفارة وإلا فلا لأن العود العزم على الوطء .

ولنا حديث سلمة بن صخر وأنه لم يجب عليه الكفارة إلا بالوطء . ولأنها يمين لم يحنث فيها فلا يلزمه كفارتها كاليمين بالله تعالى ولأن المظاهر في رقت عازم على أمساك زوجته في ذلك الوقت فمن أوجب عليه الكفارة بذلك كان قوله كقول طارس فلا معنى لقوله يصح الظهار موقتها لعدم تأثير الوقت

(مسألة) وإن قال لاجنبية أنت علي كظهر أمي لم يطأها أن تزوجها حتى يكفر

الظهار من الاجنبية صحيح سواء قال ذلك لامرأة بعينها أو قال كل النساء علي كظهر امي وسواء أوقعه مطلقاً أو علقه على التزويج فقال كل امرأة تزوجها فهي علي كظهر امي ومتى تزوج التي ظاهر منها لم يطأها حتى يكفر يروى نحو ذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وبه قال سعيد بن المسيب وعروة وعطاء والحسن ومالك وإسحاق ، ويحتمل أن لا يثبت حكم الظهار قبل التزويج وهو قول الثوري وأبي حنيفة والشافعي ، وروي ذلك عن ابن عباس لقول الله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم) والاجنبية ليست من نسائه ولأن الظهار يمين ورد النزع بحكمها مقيداً بنسائه فلم يثبت حكمها في الاجنبية كالإبلاء فإن الله تعالى قال (والذين يظاهرون من نسائهم - كما قال - للذين يؤلون من نسائهم) ولأنها ليست بزوجة فلم يصح الظهار منها كأمتها ولأنه حرم محرمة فلم يلزمه شيء كما لو قال أنت حرام ولأنه نوع تحرّم فلم يتقدم النكاح كما لطلاق

ولنا ما روى الإمام أحمد بإسناده عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال في رجل قال إن تزوجت فلانة فهي علي كظهر امي فتزوجها قال عليه كفارة الظهار ولأنها يمين مكفرة فصح انعقادها قبل النكاح كاليمين بالله تعالى وأما الآية فإن التخصيص خرج مخرج الغالب فإن الغالب أن الإنسان إنما يظاهر من نسائه فلا يوجب تخصيص الحكم بهن كما أن تخصيص الربيعة التي في حجره بالذكر لم يوجب اختصاصها بالتحرّم وأما الإبلاء فإنما اختص حكمه بنسائه لكونه يقصد الإضرار بهن دون غيرهن والكفارة ههنا وجبت لقول المنكر والزور فلا يختص ذلك بنسائه ويفارق الظهار الطلاق من وجهين

(فصل) وبصح تعليق الظهار بالشروط نحو أن يقول إن دخلت الدار فأنت علي كظهر أمي وإن شاء زيد فأنت علي كظهر أمي فتى شاء زيد أو دخلت الدار صار مظاهراً والأفلا وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي لأنه بين فجاز تعليقه علي شرط كالإيلاء ولأن أصل الظهار أنه كان طلاقاً والطلاق يصح تعليقه بالشرط فكذلك الظهار ولأنه قول تحريم به الزوجة فصيح تعليقه علي شرط كالطلاق ولو قال لامرأته إن تظاهرت من امرأتي الأخرى فأنت علي كظهر أمي ثم تظاهر من الأخرى صار مظاهراً منها جميعاً، وإن قال إن تظاهرت من فلانة الأجنبية فأنت علي كظهر أمي ثم قال الأجنبية أنت علي كظهر أمي صار مظاهراً من امرأته عند من يرى الظهار من الأجنبية، ومن لأفلا وسنذكر ذلك إن شاء الله تعالى

(فصل) فإن قال أنت علي كظهر أمي إن شاء الله لم ينقض ظهاره نص عليه أحمد فقال إذا قال لامرأته عليه كظهر أمي إن شاء الله فليس عليه شيء هي بين، وإذا قال ما أحل الله علي حرام إن شاء الله وله أهل هي بين ليس عليه شيء وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم وذلك لأنها بين مكفرة فصح الاستثناء فيها كاليمين بالله تعالى أو كتحريم ماله، وقد قال

(أحدهما) إن الطلاق حل قيد النكاح ولا يمكن حله قبل عقده والظهار تحريم للوطء فيجوز تقديمه علي العقد كالحيض

(الثاني) إن الطلاق يرفع العقد فلم يجز أن يسبقه وهذا لا يرفعه وإنما تعلق الإباحة علي شرط فجاز تقديمه وأما الظهار من الأمة فقد انعقد يميناً وجبت به الكفارة ولم تجب كفارة الظهار لأنها ليست امرأة له حال التكفير بخلاف مسئلتنا

(فصل) إذا قال كل امرأة أزوجه فهي علي كظهر أمي وقلنا بصحة الظهار من الأجنبية ثم تزوج نساء وأراد العود فعليه كفارة واحدة سواء تزوجهن في عقد أو في عقود متفرقة نص عليه أحمد وهو قول عروة وإسحاق لأنها بين واحدة فكفارتها واحدة كما لو ظاهر من أربع نساته بكلمة واحدة وعنه أن لكل عقد كفارة فلو تزوج اثنتين في عقد وأراد العود فعليه كفارة واحدة ثم إذا تزوج أخرى وأراد العود فعليه كفارة أخرى وروي ذلك عن إسحاق لأن المرأة اثناثة وجد العقد عليها الذي يثبت به الظهار وأراد العود إليها بعد التفكير عن الأولتين فكانت لها عليه كفارة كما لو ظاهر منها ابتداء فإن قال لأجنبية أنت علي كظهر أمي وقال أردت أنها مثلها في التحريم في الحال دين في ذلك وهل يقبل في الحكم؟ يحتمل وجهين (أحدهما) لا يقبل لأنه صريح للظهار فلا يقبل صرفه إلى غيره (والثاني) يقبل لأنها حرام عليه كما أن أمه عليه حرام

﴿مسئلة﴾ (وإن قال لأجنبية أنت علي حرام وأراد في تلك الحال لم يكن عليه شيء لأنه صادق وإن أراد في كل حال لم يبطأها إن أزوجه حتى يكفر)

النبي ﷺ « من حلف على يمين فقال إن شاء الله فلا حنث عليه » رواه الترمذي وقال حديث حسن غريب ، وفي لفظ « من حلف فاستثنى فإن شاء فعل وإن شاء رجع غير حنث » رواه الامام أحمد وابن داود والنسائي ، وإن قال أنت علي حرام ووالله لا أكلمك إن شاء الله عاد الاستثناء اليها في أحد الوجهين لأن الاستثناء إذا تعقب جملاً عاد إلى جميعها إلا أن ينوي الاستثناء في بعضها فيعود إليه وحده ، وإن قال أنت علي حرام إذا شاء الله أو لا ماشاء الله أو إلى أن يشاء الله أو ماشاء الله فكله استثناء يرفع حكم الظهار ، وإن قال إن شاء الله فأنت حرام فهو استثناء يرفع حكم الظهار لأن الشرط إذا تقدم بحال بالفاء ، وإن قال إن شاء الله أنت حرام فهو استثناء لأن الفاء مقدرة ، وإن قال إن شاء الله فأنت حرام أيضاً والفاء زائدة ، وإن قال أنت حرام إن شاء الله وشاء زيد فزيد لم يصير مظاهراً لأنه عاقبه على مشيئين فلا يحصل باحديهما

﴿ مسألة ﴾ قال (فإن مات أو ماتت أو طلقها لم تلزمه الكفارة فإن عاد فتزوجها لم يطاقها حتى يكفر لأن الحنث بالعهد وهو الوطء لأن الله عز وجل أوجب الكفارة على المظاهر قبل الحنث)

الكلام في هذه المسئلة في ثلاثة فصول (أحدها) أن الكفارة لا تجب بمجرد الظهار فلو مات

أما إذا أراد تحریمها في المال أو أطلق فلا شيء عليه لذلك وإن أراد تحریمها في كل حال فهو ظهار لأن لفظة الحرام إذا أريد بها الظهار ظهار في الزوجة فكذلك في الأجنبية وصار كقوله أنت علي كظهر أمي

﴿ مسألة ﴾ (ويصح الظهار معجلاً ومعلقاً بشرط ومطلقاً وموقتاً نحو أن يقول أنت علي كظهر أمي في شهر رمضان وإن دخلت الدار فتى انقضى الوقت زال الظهار وإن أصابها فيه وجبت الكفارة عليه) أما الظهار المطلق فهو أن يقول أنت علي كظهر أمي وقد سبق ذكره ويصح موقتاً مثل أن يقول أنت علي كظهر أمي شهراً أو حتى ينسلخ شهر رمضان فإذا مضى الوقت زال الظهار وحلت بلا كفارة ولا يكون عائداً إلا بالوطء في المدة وهذا قول ابن عباس وعطاء وقتادة والثوري وإسحاق وأبي ثور وأحد قولي الشافعي وقال في الآخر لا يكون ظهاراً وبه قال ابن أبي ليلى واليه لأن الشرع ورد بلفظ الظهار مطلقاً وهذا لم يطلق فأشبهه ما لو شبهها بمن تحرم عليه في وقت دون وقت وقال طاوس إذا ظاهر في وقت فعليه الكفارة وإن بر وقال مالك يسقط التأقيت ويكون مظاهراً مطلقاً لأن هذا لفظ يوجب تحریم الزوجة فإذا وقته لم يتوقت

ولما حديث سلمة بن صخر وقوله تظاهرت من امرأتي حتى ينسلخ شهر رمضان وأخبر النبي ﷺ أنه أصابها في الشهر فأمره بالكفارة ولم يغير عليه تقييده ولأنه منع نفسه منها يمين لها كفارة فصحب

أحدهما أوفارقتها قبل العود فلا كفارة عليه وهذا قول عطاء والنخعي والاوزاعي والحسن والثوري ومالك وأبو عبيد وأصحاب الرأي ، وقال طاوس ومجاهد والشعبي والزهري وقنادة عليه الكفارة بمجرد الظهار لأنه سبب للكفارة ، وقد وجد ولأن الكفارة وجبت لقول المنكر والزور وهذا يحصل بمجرد الظهار ، وقال الشافعي متى أمسكها بعد ظهاره زمناً يمكنه طلاقها فيه فلم يطلقها فعليه الكفارة لأن ذلك هو العود عنده

ولنا قول الله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة) فأوجب الكفارة بأمرين ظهار وعود فلا تثبت بأحدهما ولأن الكفارة في الظهار كفارة يمين فلا يحث بغير الحنث كسائر الأيمان ، والحنث فيها هو العود وذلك فعل ما حلف على تركه وهو الجماع وترك طلاقها ليس يحث فيها ولا فعل لما حلف على تركه فلا تجب به الكفارة ولأنه لو كان الإمساك عوداً لوجب الكفارة على المظاهر الموقت وإن بر ، وقد نص الشافعي على أنها لا تجب عليه

إذا ثبت هذا فإنه لا كفارة عليه إذا مات أحدهما قبل وطئها وكذلك إن فارقها سواء كان ذلك

مؤقتاً كالإيلاء وفارق الطلاق فإنه يزيل الملك وهذا يقع تحريماً يرفعه التكفير فجاز تأقيته ولا يصح قول من أوجب الكفارة وإن بر لأن الله تعالى إنما أوجب الكفارة على الذين يعودون لما قالوا ومن بر وترك العود في الوقت الذي ظاهر فيه فلم يعد لما قال فلا تجب عليه كفارة وفارق التشبيه بمن لا تحرم عليه على التأييد لأن تحرماً غير كامل وهذه حرمة في هذه المدة تحريماً مشبهاً بتحريم ظهر أمه على أن يمنع الحكم فيها إذا ثبت هذا فإنه لا يكون عائداً إلا بالوطء في المدة وهذا المنصوص عن الشافعي وقال بعض أصحابه إن لم يطلقها عقيب الظهار فهو عائد عليه الكفارة وقال أبو عبيد إذا أجمع على غشيان في الوقت لزمته الكفارة وإلا فلا لأن العود العزم على الوطء

ولنا حديث سلمة بن صخر وأنه لم يوجب عليه الكفارة إلا بالوطء ولأنها يمين لم يحث فيها فلا يلزمه كفارتها كاليمين بالله تعالى ولأن المظاهر في وقت عازم على إمساك زوجته في ذلك الوقت فن أوجب عليه الكفارة كان قوله كقول طاوس فلا معنى لقوله يصح الظهار مؤقتاً لعدم تأثير التأقيت

(فصل) ويصح تعاقب الظهار بالشروط نحو أن يقول الرجل إن دخلت الدار فانت علي كظهر أمي أو إن شاء زيد فانت علي كظهر أمي فتي شاء زيد أو دخلت الدار صار مظاهراً وإلا فلا وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي لأنه يمين فجاز تعليقه على شرط كالإيلاء ولأن أصل الظهار أنه كان طلاقاً والطلاق يصح تعليقه بالشرط فكذلك الظهار ولأنه قول تحرم به الزوجة فصح تعليقه على شرط كالطلاق ولو قال لامرأته إن تظاهرت من امرأتي الأخرى فانت علي كظهر أمي ثم تظاهر من الأخرى صار مظاهراً منها جميعاً وإن قال إن تظاهرت من فلانة الأجنبية فانت علي كظهر أمي ثم قال للأجنبية

متراخيا عن يمينه أو عقبيه وأيهما مات ورثه صاحبه في قول الجمهور وقال قتادة إن ماتت لم يرثها حتى يكفر ولنا أن من ورثها إذا كفر ورثها وإن لم يكفر كالمولي منها

(الفصل الثاني) أنه إذا طلق من ظاهر منها ثم تزوجها لم يحل له وطؤها حتى يكفر سواء كان الطلاق ثلاثاً أو أقل منه وسواء رجعت إليه بعد زوج آخر أو قبله نص عليه أحمد وهو قول عطاء والحسن وزهري والنخعي ومالك وأبي عبيد، وقال قتادة إذا بانث سقط الظهار فإذا عاد فكحها فلا كفارة عليه وللشافعي قولان كاللذهبيين وقول ثابث إن كانت البينونة بالثلاث لم يعد الظهار والا عاد وبناء على الأقاويل في عود صفة الطلاق في النكاح الثاني

ولنا عموم قول الله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يمسوا) وهذا قد ظاهر من امرأته فلا يحل أن يتناسا حتى يكفر، ولأنه ظاهر من امرأته فلا يحل له مسأقبل التكفير كاتني لم يطقها ولأن الظهار يمين مكفرة فلم يبطل حكمها بالطلاق كالإيلاء.

(الفصل الثالث) أن العود هو الوطء ففني وطئ. لزمته الكفارة ولا تجب قبل ذلك إلا أنها شرط لحل الوطء فيؤمر بها من أراده ليستحل بها كما يؤمر بعقد النكاح من أراد حل المرأة. وحكي

أنت علي كظهر أمي صار مظاهراً من امرأته عند من يرى الظهار من الأجنبية ومن لا فلا وقد ذكرنا ذلك (فصل) وإن قال أنت علي كظهر أمي إن شاء الله لم ينعقد ظهاره نص عليه أحمد فقال إذا قال لامرأته عليه كظهر أمي إن شاء الله فليس عليه شيء هي يمين وقال ابن عقيل هو مظاهر ذكره في المحرر وإذا قال ما أحل الله لي حرام إن شاء الله وله أهل هي يمين ليس عليه شيء وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم وذلك لأنها يمين مكفرة فصح الاستثناء فيها كاليمين بالله تعالى أو كتحریم ماله وقد قال النبي ﷺ «من حلف على يمين فقال إن شاء الله فلا حنث عليه» رواه الترمذي وقال حديث حسن غريب وفي لفظ «من حلف فاستثنى فإن شاء فعل وإن شاء رجع غير حنث» رواه أبو داود والنسائي وإن قال أنت علي حرام والله لا أكلمك إن شاء الله عاد الاستثناء إليهما في أحد الوجهين لأن الاستثناء إذا تعقب جملة عاد إلى جميعها إلا أن ينوي الاستثناء في بعضها فيعود إليه وحده وإن قال أنت علي حرام إذا شاء الله أو إلا ما شاء الله أو إلى أن يشاء الله أو ما شاء الله فيكمله استثناء يرفع حكم الظهار ولأن الشرط إذا تقدم يحجب بالفاء وإن قال إن شاء الله أنت حرام فهو استثناء لأن الفاء مقدرة وإن قال إن شاء الله فانت حرام صح أيضاً والفاء زائدة وإن قال أنت حرام إن شاء الله وشاء زيد فشاء زيد لم يكن مظاهراً إلا أنه علقه على مشيئتين فلا يحصل باحديهما قال رضي الله عنه

(فصل) في حكم الظهار، يرموطه المظاهر منها قبل التكفير إذا كان التكفير بالعتق أو بالصيام وليس في ذلك اختلاف لقول الله تعالى (فتحرير رقبة من قبل أن يتناسا) قوله سبحانه (فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتناسا) وأكثر أهل العلم على أن التكفير بالأطعام مثل ذلك منهم

نحو ذلك عن الحسن والزهري وهو قول أبي حنيفة إلا أنه لا يوجب الكفارة على من وطئ، وهي عنده في حق من وطئ، كمن لم يطأ

وقال القاضي وأصحابه: العود العزم على الوطء إلا أنهم لم يوجبوا الكفارة على العازم على الوطء إذا مات أحدهما أو طلق قبل الوطء إلا أبا الخطاب فإنه قال إذا مات بعد العزم أو طلق فعليه الكفارة وهذا قول مالك وأبي عبيد، وقد أنكر أحمد هذا فقال مالك يقول إذا أجمع لزومه الكفارة فكيف يكون هذا لو طلقها بعد ما يجمع كان عليه كفارة؟ إلا أن يكون يذهب إلى قول طائفة إذا تكلم بالظهار لزمه مثل الطلاق ولم يوجب أحمد قول طائفة

وقال أحمد في قوله تعالى (ثم يعودون لما قالوا) قال العود الغشيان إذا أراد أن يغشي كفر، واحتج من ذهب إلى هذا بقوله تعالى (ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا) فأوجب الكفارة بعد العود قبل التماس وما حرم قبل الكفارة لا يجرز كونه متقدما عليها ولأنه قصد بالظهار تحريمها فالعزم على وطئها عود فيها قصد ولأن الظهار تحريم فإذا أراد استباحتها فقد رجع في ذلك التحريم فكان عائدا،

عطاء والزهري والشافعي وأصحاب الرأي وعن أحمد إباحة الوطء قبل التكفير بالطعام لأن الله تعالى لم يمنع المسيس قبله كما في المعتق والصيام اختاره أبو بكر وهو قول أبي ثور لما ذكرنا ولنا ما روى عن عكرمة عن ابن عباس أن رجلا أتى النبي ﷺ فقال يا رسول الله إني تظاهرت من امرأتي فوقعت عليها قبل أن أكفر « فقال ما حملك على ذلك يرحمك الله؟ » قال رأيت خيلها في ضوء القمر فقال « لا تقربها حتى تفعل ما أمرك الله » رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن خرم عليه جماعة كمالو كانت كفارته المعتق والصيام وترك النص عليها لا يمنع قياسها على المنصوص الذي في معناها ﴿مسئلة﴾ (وهل يحرم الاستمتاع منها بما دون الفرج؟ على روايتين)

(إحداها) يحرم وهو قول أبي بكر وبه قال الزهري ومالك والاوزاعي وأبو عبيد وأصحاب الرأي وهو أحد قول الشافعي لأن ما حرم الوطء من القول حرم دواعيه كالطلاق والاحرام (والثانية) لا يحرم قال أحمد أرجو ألا يكون به بأس وهو قول الثوري وإسحاق وأبي حنيفة وحكي عن مالك أيضا وهو القول الثاني للشافعي لأنه وطئ يتعلق بتحريمه مال فلم يتجاوز التحريم كوطئ الحائض

(مسئلة) (وتجب الكفارة بالعود وهو الوطء نص عليه أحمد وأنكر قول مالك أنه العزم على الوطء) العود هو الوطء عند أحمد رحمه الله وهو اختيار الخرق في فتى وطئ، لزمته الكفارة ولا تجب قبل ذلك إلا أنها شرط لحل الوطء فيأمر بها من اراده ليستحلها كما يأمر بمقدار كالح من أراد حل المرأة. وحكي نحو ذلك عن الحسن والزهري، وهو قول أبي حنيفة إلا أنه لا يوجب الكفارة على من وطئ، وهي عنده في حق من وطئ، كمن لم يطأ.

وقال القاضي وأصحابه العود العزم على الوطء إلا أنهم لم يوجبوا الكفارة على العازم إذا مات

وقال الشافعي العود امساكها بعد ظهاره زمناً يمكنه طلاقها فيه لان ظهاره منها يقتضي اباتها فامساكها عود فيها قال ، وقال داود العود تكرار الظهار مرة ثانية لان العود في الشيء اعادته ولنا أن العود فعل ضد قوله ومنه العائد في هبته « هو الراجع في الموهوب والعائد في عده التارك للوفاء بما وعد والعائد فيها نهى عنه فاعل المنهي عنه قال الله تعالى (ثم يعودون لما نهوا عنه) فالمظاهر محرم للوطء على نفسه وموانع لها منه فالعود فعله ، وقولهم ان العود يتقدم التكفير والوطء يتأخر عنه قلنا المراد بقوله (ثم يعودون) أي يريدون العود كقول الله تعالى (اذا قمتم الى الصلاة) أي أردتم ذلك وقوله تعالى (فاذا قرأت القرآن فاستعذ) فان قيل فهذا تأويل ثم هو رجوع الى ايجاب الكفارة بالعزم المجرد قلنا دليل التأويل ما ذكرنا

وأما الامر بالكفارة عند العزم فانما أمر بها شرطاً للحل كالامر بالطهارة لمن أراد صلاة النافلة والامر بالنية لمن أراد الصيام ، فأما الامساك فليس بعود لانه ليس بعود في الظهار المؤقت فكذلك في المطلق ولان العود فعل ضد ما قاله والامساك ليس بضد له ، وقولهم ان الظهار يقتضي اباتها لا يصح وانما يقتضي تحريمها واجتنابها ولذلك صح توقيته ولانه قال (ثم يعودون لما قالوا) وثم للتراخي

أحدهما أو طلق قبل الوطء إلا أبا الخطاب فانه قال : إذا مات بعد العزم أو طلق فعليه الكفارة ، وهذا قول مالك وأبي عبيد ، وقد أنكر أحمد هذا وقال مالك يقول إذا أجمع لزمته الكفارة ، فكيف يكون هذا لو طلقها بعد ما يجمع كان عليه كفارة؟ إلا أن يكون يذهب إلى قول طاوس إذا تسكلم لزمه مثل الطلاق ولم يعجب أحمد قول طاوس .

وقال أحمد في قوله تعالى (ثم يعودون لما قالوا) قال العود الغشيان إذا أراد أن يغشي كفر واحتج من ذهب إلى هذا بقوله تعالى (ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يأتيا) فأوجب الكفارة بعد العود قبل التماس وما يحرم قبل الكفارة لا يجوز كونه متقدماً عليها ولانه قصد بالظهار تحريمها فالعزم على وطئها عود فيما قصده ولان الظهار تحريم فإذا أراد استباحتها فقد رجع في ذلك التحريم فكان عائداً . وقال الشافعي العود إمساكها بعد ظهاره زمناً يمكنه طلاقها فيه لان ظهاره منها يقتضي اباتها فامساكها عود فيها قال . وقال داود : العود تكرار الظهار مرة ثانية لان العود في الشيء اعادته .

ولنا أن العود فعل ضد قوله ومنه العائد في هبته هو الراجع في الموهوب والعائد في عده التارك للوفاء بما وعد والعائد فيها نهى عنه فاعل المنهي عنه قال الله تعالى (ثم يعودون لما نهوا عنه) فالمظاهر محرم للوطء على نفسه وموانع لها منه فالعود فعله ، وقولهم ان العود يتقدم التكفير والوطء يتأخر عنه ، قلنا المراد بقوله (ثم يعودون) أي يريدون العود كقول الله تعالى (اذا قمتم الى الصلاة) أي أردتم ذلك وقوله (فاذا قرأت القرآن فاستعذ بالله) فان قيل هذا تأويل وهو رجوع إلى وجوب الكفارة

والامساك غير مترسخ ، وأما قول داود فلا يصح لان النبي ﷺ أمر أوسا وسلمة بن صخر بالكفارة من غير إعادة اللفظ ، ولان العود انما هو في مقوله دون قوله كالعود في الهبة والعدة والعود لما نهى عنه ويدل على ابطال هذه الاقوال كلها أن الظهار يمين مكفرة فلا تجب الكفارة الا بالحنث فيها وهو فعل ما حلف على تركه كسائر الايمان وتجب الكفارة بذلك كسائر الايمان ، ولانها يمين تقتضي ترك الوطء فلا تجب كفارتها الا به كالايلاء .

(مسألة) قال (وإذا قال لامرأة أجنبية أنت علي كظهار أمي لم يطأها ان تزوجها حتى يأتي بالكفارة)

وجملته ان الظهار من الاجنبية يصح سواء قل ذلك لامرأة بعينها أو قال كل النساء علي كظهار أمي وسواء أوقمه مطأنا أو علمه على التزويج فقال كل امرأة تزوجها فهي علي كظهار أمي ، ومتى تزوج التي ظاهر منها لم يطأها حتى يكفر يروي نحو هذا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وبه قال سعيد بن المسيب وعروة وعطاء والحسن ومالك وإسحاق ، ويحتمل أن لا يثبت حكم الظهار قبل التزويج وهو

بالعزم المجرد قلنا دليل التأويل ما ذكرنا ، وأما الامر بالكفارة عند العزم ثانياً أمر بها شرطاً للحيل كلامر بالطهارة لمن أراد النافلة والامر بالنية لمن أراد الصيام ، فأما الامساك فليس بعود لانه ليس بعود في الظهار المؤقت فكذلك في المطلق ولان العود فعل ضد ما قاله والامساك ليس بضد له ، وقولهم إن الظهار يقتضي إباحتها ممنوع وإنما يقتضي تحريمها واجتنابها ولذلك صح توقيته ولانه قال (ثم يعودون) وثم للتراخي والامساك غير مترسخ ، وأما قول داود فلا يصح لان النبي ﷺ أمر أوسا وسلمة بن صخر بالكفارة من غير إعادة اللفظ ولان العود انما هو في مقوله دون قوله كالعود في الهبة والعدة والعود فيما نهى عنه ، ويدل على ابطال هذه الاقوال كلها أن الظهار يمين مكفرة فلا تجب الكفارة الا بالحنث فيها وهو فعل ما حلف على تركه كسائر الايمان وتجب الكفارة به كسائر الايمان ولانها يمين تقتضي ترك الوطء فلا تجب كفارتها الا به كالايلاء .

(مسألة) (فان مات أحدهما أو طلقها قبل الوطء فلا كفارة عليه فان عاد فزوجه لم يطأها حتى يكفر) وجملة ذلك أن الكفارة لا تجب بمجرد الظهار فلو مات أحدهما أو فارقه قبل العود فلا كفارة عليه وهو قول عطاء والزهري والحسن والاوزاعي والثوري ومالك وأبي عبيد وأصحاب الرأي ، وقال طاوس ومجاهد والشعبي والزهري وقتادة : عليه الكفارة بمجرد الظهار لانه سبب الكفارة وقد وجد ، ولان الكفارة وجبت لقول المنكر والزور ، وهذا يحصل بمجرد الظهار . وقال الشافعي متى أمسكها بعد ظهاره زمنياً يمكنه طلاقها فيه فلم يطلقها فعليه الكفارة لان ذلك هو العود عنده .

قول الثوري وأبي حنيفة والشافعي ويروى ذلك عن ابن عباس لقول الله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم) والاجنبية ليست من نسائه ولان الظهار يمين ورد الشرع بحكمها مقيداً بنسائه فلا يثبت حكمها في الاجنبية كالايلاء فان الله تعالى قال (والذين يظاهرون من نسائهم) كما قال (الذين يؤلون من نسائهم) ولانها ليست بزوجة فلم يصح الظهار منها كأمته ولانه حرم محرمة فلم يلزمه شيء. كقولك أنت حرام ولانه نوع محرم فلم يتقدم النكاح كالطلاق

ولنا ما روى الامام أحمد باسناده عن عمر بن الخطاب أنه قال في رجل قال ان تزوجت فلانة فهي علي كظهر أمي فتزوجها، قال عليه كفارة الظهار ولانها يمين مكفرة فصح انعقادها قبل النكاح كاليمين بالله تعالى، أما الآية فان التخصيص خرج مخرج الغالب فان الغالب أن الانسان إنما يظاهر من نسائه فلا يوجب تخصيص الحكم بهن كما أن تخصيص الربيعة التي في حجره بالذكر لم يوجب اختصاصها بالتحريم، وأما الايلاء فانما اختص حكمه بنسائه لكونه يقصد الاضرار بهن دون غيرهن والكفارة وجبت ههنا لقول المنكر ولزور ولا يخص ذلك بنسائه، ويفارق الظهار الطلاق من وجهين [أحدهما] أن الطلاق حل قيد النكاح ولا يمكن حله قبل عقده والظهار محرم للوط. فيجوز نكاحه على العقد كالحيض.

ولنا قول الله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة) فأوجب الكفارة بأمرين ظهار وعود فلا يثبت بأحدهما ولان الكفارة في الظهار كفارة يمين فلا تجب بغير الحنث كسائر الايمان والحنث فيها هو العود وذلك فعل ما حلف على تركه وهو الجماع وقد ذكرنا ذلك في المسئلة التي قبلها. إذا ثبت هذا فانه لا كفارة عليه إذا مات قبل وطئها وكذلك إن فارقها سواء كان ذلك متراخياً عن يمينه أو عقيبه وأيهما مات ورثته صاحبه في قول الجمهور وقال قتادة إن مات لم يرثها حتى يكفر ولنا أن من ورثها إذا كفر ورثها وان لم يكفر كالمولى منها ومتى طاق من ظاهر منها ثم تزوجها لم يحل له وطؤها حتى يكفر سواء كان الطلاق ثلاثاً أو أقل منه وسواء رجعت اليه بعد زوج آخر أو قبله نص عليه أحمد وهو قول الحسن وعطاء والزهري والنخعي ومالك وأبي عبيد. وقال قتادة إذا بان سقط الظهار فاذا عاد فنكحها فلا كفارة عليه. والشافعي قولان كالمذهبين وقول ثالث أن كانت البينونة بالثلاث لم يعد الظهار وإلا عادو بناء على الافاويل في عود صفة الطلاق في النكاح الثاني.

ولنا عموم قوله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يماسا) وهذا قد ظاهر من امرأته فلا يحل أن يماسا حتى يكفر ولانه ظاهر من امرأته فلا يحل له مسها قبل التكفير كالتى لم يطلقها ولان الظهار يمين مكفرة فلم يبطل حكمها بالطلاق كما لا يلاء

(مسئلة) (وان وطئ قبل التكفير اثم واستقرت عليه الكفارة)

(الثاني) أن الطلاق يرفع العقد فلم يجز أن يسبقه وهذا لا يرفعه وإنما تتعلق الإباحة على شرط فجاز تقدمه وأما الظهار من الأمة فقد انعقد يميناً وجبت به الكفارة ولم تجب كفارة الظهار لأنها ليست امرأة له حال التكفير بخلاف مسئلتنا

(فصل) وإذا قال كل امرأة أتزوجها فهي علي كظهر أمي ثم تزوج نساء وأراد العود فعليه كفارة واحدة سواء تزوجهن في عقد أو في عقود متفرقة ، نص عليه أحمد وهو قول عروة وإسحاق لأنها يمين واحدة فكفارتها واحدة كما لو ظاهر من أربع نساء بكلمة واحدة ، وعنه أن لكل عقد كفارة فلو تزوج اثنتين في عقد وأراد العود فعليه كفارة واحدة ثم إذا تزوج أخرى وأراد العود فعليه كفارة أخرى ، وروي ذلك عن إسحاق لأن المرأة إثالة وجد العقد عليها الذي يثبت به الظهار وأراد العود إليها بعد التكفير عن الأولى فكأن عليه كفارة كما لو ظاهر منها ابتداء ، ولو قال لأجنبية أنت علي كظهر أمي وقال أردت أنها مثلها في التحريم في الحال دين في ذلك وهل يقبل في الحكم؟ يحتمل وجبهين [أحدهما] لا يقبل لأنه صريح لظهار فلا يقبل صرفه إلى غيره (والثاني) يقبل لأنها حرام عليه كما أن أمه حرام عليه

قد ذكرنا أن المظاهر يحرم عليه وطء زوجته قبل التكفير لقول الله تعالى في العتق والصيام (من قبل أن يماسا) فإن وطئ عصى ربه وتستقر الكفارة في ذمته فلا تسقط بعد ذلك بموت ولا طلاق ولا غيره وتحريم زوجته عليه باق حتى يكفر هذا قول أكثر أهل العلم .
روى ذلك عن سعيد بن المسيب وعطاء وطاوس وجابر بن زيد ومورق العجلي والنخعي وعبد الله ابن أذينة ومالك والثوري والاوزاعي والشافعي وإسحاق وأبي ثور ، وتلزمه الكفارة إذا وطئها وهو مجنون نص عليه في المجرد

(مسألة) (وتجزئه كفارة واحدة)

وهو قول الحسن وابن سيرين وبكر المزني ومورق وعطاء وطاوس ومجاهد وعكرمة وقتادة وحمي عن عمرو بن العاص أن عليه كفارتين ، وروي ذلك عن قبيصة وسعيد بن جبير والزهري وقتادة لأن الوطء يجب كفارة والظهار يوجب أخرى ، وقال أبو حنيفة لا تثبت الكفارة في ذمته وإنما هي شرط للإباحة بعد الوطء كما كانت قبله ، وحمي عن بعض العلماء أن الكفارة تسقط لأنه قد فات وقتها لكونها وجبت قبل المسيس

ولنا حديث سلمة بن صخر حين ظاهر ثم وطئ قبل التكفير فأمره النبي ﷺ بكفارة واحدة ولأنه وجد الظهار والعود فيدخل في عموم قوله (ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة) فاما قولهم فات وقتها فيبطل بما ذكرناه وبالصلاة وسائر العبادات يجب قضاؤها بعد فوات وقتها

﴿مسئلة﴾ قال (ولو قال أنت علي حرام وأراد في تلك الحال لم يكن عليه شي وان تزوجها لانه صادق وان اراد في كل حال لم يطأها ان تزوجها حتى يأتي بكفارة الظهار) أما إذا أراد بقوله لها أنت علي حرام الاخبار عن حرمتها في الحال فلا شيء عليه لانه صادق لسكونه وصفها بصفتها ولم يقل منكراً ولا زوراً وكذلك لو أطلق هذا القول ولم يكن له نية فلا شيء عليه لذلك وان أراد تحريرها في كل حال فهو ظهار لان لفظة الحرام إذ أريد بها الظهار ظاهر في الزوجة فكذلك في الاجنبية فنصار كقوله أنت علي كظهار أمي

﴿مسئلة﴾ قال (ولو ظاهر من زوجته وهي أمة فلم يكفر حتى ملكها انفسخ النكاح ولم يطأها حتى يكفر)

وجاءه أن الظهار يصح من كل زوجة أمة كانت أو حرة فإذا ظاهر من زوجته الامة ثم ملكها انفسخ النكاح ، واختلف أصحابنا في بقاء حكم الظهار فذكر الحارقي ههنا أنه باق ولا يحل له الوطء حتى يكفر وبه يقول مالك وأبو ثور وأصحاب الرأي ونص عليه الشافعي ، وقال القاضي المذهب

﴿مسئلة﴾ (وإن ظاهر من امرأته الامة ثم اشتراها لم تحل له حتى يكفر ، وقال أبو بكر يبطل الظهار وتحل له فان وطئها فعليه كفارة بمن)

وجملة ذلك أن الظهار يصح من كل زوجة أمة كانت أو حرة لعدم الآية فإذا ظاهر من زوجته الامة ثم ملكها انفسخ النكاح ، واختلف أصحابنا في بقاء حكم الظهار فذكر الحارقي أنه باق ولا يحل له الوطء حتى يكفر وبه يقول مالك وأبو ثور وأصحاب الرأي ونص عليه الشافعي ، قال القاضي المذهب ما ذكر الحارقي وهو قول أبي عبد الله بن حامد لقول الله تعالى [والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا] وهذا قد ظاهر من امرأته فلم يحل له مسها حتى يكفر ، ولأن الظهار قد صح فيها وحكمه لا يسقط بالطلاق المزيل للملك والحل فبملك اليمين أولى ولأنها بمن انفقدت موجبة للكفارة فوجب دون غيرها كسائر الايمان ، وقال أبو بكر عبدالعزيز وأبو الخطاب يسقط الظهار بملكها ، وان وطئها حث وعليه كفارة بمن كما لو تظاهر منها وهي أمة ويقضي قول أبي بكر وأبي الخطاب ههنا أن تباح قبل التكفير لانه اسقط الظهار وجهه يميننا كتحريم أتمه ، فإن أعتقها عن كفارته صح على القوانين جميعاً فان تزوجها بعد ذلك حلت له بغير كفارة لانه كفر عن ظاهره باعتاقها ولا يمنع إجزاؤها عن الكفارة التي وجبت بسببها كقولنا إن ملكت أمة فله علي عنق رقبة فملك أمة فأعتقها ، وإن أعتقها عن غير الكفارة ثم تزوجها لم تحل له حتى يكفر

﴿مسئلة﴾ [وإن كرر الظهار قبل التكفير فكفارة واحدة]

ما ذكر الخرفي وهو قول أبي عبد الله بن حامد لقرل الله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقية من قبل أن يتياسا) وهذا قد ظاهر من إصراره فلم يحل له مسها حتى يكفر، ولأن الظهار قد صح فيها وحكمه لا يسقط بالطلاق المزيل للملك والحل فبملك اليمين أولى ولأنها يمين انعقدت موجبة لكفارة فوجب دون غيرها كسائر الأيمان، وقال أبو بكر عبد العزيز يسقط الظهار بملكها وإن وطئها حنث وعليه كفارة يمين كالموطأ من غيرها وهي أمته لأنها خرجت عن الزوجات وصار وطؤه لها بملك اليمين فلم يكن موجبا لكفارة الظهار كالموطأ من غيرها وهي أمته، ويقضي قول أبي بكر هذا أن تباح قبل التكفير لأنه أمسقط الظهار وجعله يميننا كتحريم أمته فإن أعنتها عن كفارته صح على القولين فإن تزوجها بعد ذلك حلت له بغير كفارة لأنه كفر عن ظهاره باعنائها ولا يمنع اجزاؤها عن الكفارة التي وجبت بسببها كما لو قال إن ملكك أمة فله علي عتق رقية فملك أمة فأعتقها وإن أعنتها عن غير الكفارة ثم تزوجها عاد حكم الظهار ولم يحل له حتى يكفر

﴿مسئلة﴾ قال (ولو تظاهر من أربع نسائه بكلمة واحد لم يكن عليه أكثر من كفارة) وجهه أنه إذا تظاهر من نسائه الأربع بانظ واحد فقال أنتن علي كظاهر أمي فليس عليه أكثر

هذا ظاهر المذهب سواء كان في مجلس أو مجالس ينوي به التأكيذ أو الاستئناف أو أطلق نقله عن أحمد جماعة اختاره أبو بكر وابن حامد والقاضي وبه قال مالك وإسحاق وأبو عبيد والشافعي في القديم ونقل عن أحمد من حلف أيماناً كثيرة فأراد التأكيذ فكفارة واحدة ففهموه أنه إن نوى الاستئناف فكفارتان وهو قول الثوري والشافعي في الجديد ، وقال أصحاب الرأي إن كان في مجلس فكفارة واحدة ، وإن كان في مجالس فكفارات وعن أحمد مثل ذلك ، وروى ذلك عن علي وعمر بن دينار لأنه قول يوجب تحريم الزوجة فإذا نوى الاستئناف فعاق بكل مرة حكم كالطلاق

ولما أنه قول لم يؤثر تحريم في الزوجة فلم تجب به كفارة الظهار كاليمين بالله تعالى ولا يخفى أنه لم يؤثر تحريماً فانها حرمت بالتول الاول ولانه لفظ يتعلق به كفارة فاذا تكرر كفاه كفارة واحدة كاليمين بالله تعالى ، وأما الطلاق فان مازاد منه على الثلاث لا يثبت له حكم بالاجماع وبهذا ينتقض ما ذكره ، وأما الثالثة فانها ثبتت تحريماً رائداً وهو التحريم قبل زوج واصابة بخلاف الظهار الثاني فانه لا يثبت به تحريم فنظير الظهار الطائفة الثالثة لا يثبت بما زاد عليها تحريم ولا يثبت له حكم كذلك الظهار ، فاما ان كفر عن الاول ثم ظاهر لزمه الثاني كفارة بخلاف لان الظهار الثاني مثل الاول فانه حرم الزوجة المحللة فأوجب الكفارة كالاول بخلاف ما قبل التكفير

(مسئلة) وان ظاهر من نسائه بكلمة واحدة فكفارة واحدة، وان كان بكل كلمة فكل واحدة كفارة) إذا ظاهر من نسائه باللفظ واحدة فقال أنتن علي كفاهن أمي فليس عليه أكثر من كفارة بغير خلاف في المذهب وهو قول عمر وعلي وعروة وطاوس وعطاء، وربيعة ومالك والاوزاعي وإسحاق

من كفارة بغير خلاف في المذهب وهو قول علي وعمر وعروة وطاوس وعطاء وربيعة ومالك والاوزاعي وإسحاق وأبي ثور والشافعي في القديم، وقال الحسن والنخعي والزهري ويحيى الأنصاري والحكم والثوري وأصحاب الرأي والشافعي في الجديد عليه لكل امرأة كفارة لأنه وجد الظهار والعود في حق كل امرأة منهن فوجب عليه عن كل واحدة كفارة كما لو أفردتها به

ولنا عموم قول عمر وعلي رضي الله عنهما رواه عنهما الأثرم ولا نعرف لهما في الصحابة مخالفاً فكان إجماعاً، ولأن الظهار كلمة تجب بمخالفتها الكفارة فإذا وجدت في جماعة أوجب كفارة واحدة كاليمين بالله تعالى، وفارق ما إذا ظاهر منها بكلمات فإن كل كلمة تقتضي كفارة ترفعها وتكفر عنها وهما الكلمة واحدة فالكفارة الواحدة ترفع حكمها وتمحو إثمها فلا يبقى لها حكم

(فصل) ومفهوم كلام الحرقى أنه إذا ظاهر منهن بكلمات يقال لكل واحدة أنت علي كظهر أمي فإن لكل يمين كفارة وهذا قول عروة وعطاء قال أبو عبد الله بن حامد المذهب رواية واحدة في هذا، قال القاضي المذهب عندي ما ذكره الشيخ أبو عبد الله، وقال أبو بكر فيه رواية أخرى أنه يجزئه كفارة واحدة، واختار ذلك وقال هذا الذي قلناه أتباعاً لعمر بن الخطاب والحسن

وأبي ثور والشافعي في القديم، وقال الحسن والنخعي والزهري ويحيى الأنصاري والحكم والثوري وأصحاب الرأي والشافعي في الجديد عليه لكل امرأة كفارة، وعن أحمد مثل ذلك من الحرر لأنه وجد الظهار والعود في حق كل امرأة منهن فوجب عليه لكل واحدة كفارة كما لو أفردتها

ولنا قول عمر وعلي رضي الله عنهما رواه عنهما الأثرم ولا نعرف لهما في الصحابة مخالفاً فكان إجماعاً، ولأن الظهار كلمة تجب بمخالفتها الكفارة فإذا وجدت في جماعة أوجب كفارة واحدة كاليمين بالله تعالى، وفارق ما إذا ظاهر بكلمات فإن كل كلمة تقتضي كفارة ترفعها وتكفر عنها وهما الكلمة واحدة قال الكفارة الواحدة ترفع حكمها وتمحو إثمها فلا يبقى لها حكم. فاما أن كرره بكلمات فقال لكل واحدة أنت علي كظهر أمي فإن لكل يمين كفارة وهذا قول عروة وعطاء، قال أبو عبد الله بن حامد المذهب رواية واحدة في هذا قال القاضي المذهب عندي ما ذكره الشيخ أبو عبد الله وقال أبو بكر فيه رواية أخرى أنه يجزئه كفارة واحدة، واختار ذلك وقال هذا الذي قلناه أتباعاً لعمر بن الخطاب والحسن وعطاء وإبراهيم وربيعه وقيصة وإسحاق لأن كفارة الظهار حق لله تعالى فلم تتكرر بتكرار سببها كالحدود وعليه يخرج الطلاق

ولنا أنها إيمان متكررة على أعيان متفرقة فكان لكل واحدة كفارة كما لو كفر ثم ظاهر ولأنها إيمان لا يحنث في إحداها بالحنث في الأخرى فلا يكفرها كفارة واحدة كالأصل ولأن الظهار معنى يوجب الكفارة فتعدد الكفارة بتعدد في المجال المختلفة كالقتل، ويفارق الحد فإنه عقوبة تدرأ بالشبهات

(فصل) فإن قال كل امرأة أتزوجها فهي علي كظهر أمي ثم تزوج نساء في عقد واحد فكفارة

وعطاء وإبراهيم وربيعة وقيصة واسحاق لان كفارة الظهار حق لله تعالى فلم تتكرر بتكرار سببها كالحد وعليه يخرج الطلاق

ولنا أنها إيمان متكررة على أعيان متفرقة فكان لكل واحدة كفارة كما لو كفر ثم ظاهر، ولأنها إيمان لا يحنث في إحداها بالحنث في الأخرى فلا تكفرها كفارة واحدة كالاصل، ولأن الظهار معنى يوجب الكفارة فتعدد الكفارة بتعدد في المحال المختلفة كالقتل، ويفارق الحد فإنه عقوبة تدرا بالشبهات فاما ان ظاهر من زوجته صرااً ولم يكفر فكفارة واحدة لان الحنث واحد فوجبت كفارة واحدة كما لو كانت اليمين واحدة

(فصل) اذا ظاهر من امرأة ثم قال لاخرى أشركت معي أو أنت شريكتهما أو كهي ونوى للظاهرة من الثانية صار مظاهراً منها بغير خلاف علمناه وبه يقول مالك والشافعي وان أطلق صار مظاهراً أيضاً اذا كان عقيب مظاهرتة من الأولى ذكره أبو بكر وبه قال مالك قال أبو الخطاب ويحتمل أن لا يكون مظاهراً وبه قال الشافعي لانه ليس بصريح في الظهار ولا نوى به الظهار فلم يكن مظاهراً كما لو قال ذلك قبل أن يظاهر من الأولى، ولانه يحتمل أنها شريكتهما في دينها أو في الحصرمة أو في النكاح أو سوء الحاق فلم تخصص بالظهار لا بالنية كسائر الكنايات

واحدة وان تزوجهن في عقود فكذلك في إحدى الروايتين لأنها يمين واحدة، والأخرى لكل عقد كفارة فعل هذا لو تزوج امرأتين في عقد وأخرى في عقد لزمته كفارتان لان لكل عقد حكم نفسه فتعلق بالثاني كفارة كالاول

﴿ فصل في كفارة الظهار وما في معناها ﴾

﴿مسئلة﴾ (كفارة الظهار على الترتيب فيجب عليه تحرير رقبة فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين فان لم يستطع فاطعام ستين مسكيناً)

والاصل في ذلك قول الله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل ان يماسا) الآيتين . وقول النبي ﷺ لحولة حين ظاهر منها زوجها «يعتق رقبة» قلت لا يجد قال «فصوم شهرين متتابعين» قلت يا رسول الله انه شيخ كبير مابه صيام قال «فيطعم ستين مسكيناً» وهذا الترتيب لا خلاف فيه إذا كان المظاهر حراً فأما العبد فنذكر حكمه ان شاء الله تعالى وكفارة الوطء في هار رمضان مثلها في ظاهر المذهب لما روى أبو هريرة ان رجلاً قال يا رسول الله وقعت على امرأتي وأنا صائم فقال رسول الله ﷺ «هل تجد رقبة تعتقها؟» قال لا قال «فهل تستطيع ان تصوم شهرين متتابعين؟» قال لا قال «فهل تستطيع اطعام ستين مسكيناً؟» وذكر الحديث وهو صحيح متفق عليه وفي كفارة الوطء في رمضان رواية أنها على التخيير وقد ذكرنا ذلك في الصوم

﴿مسئلة﴾ (وكفارة القتل مثلها)

ولنا أن الشبهة والتشبيه لا بد أن يكون في شيء، فوجب تعليقه بالمذكور معه كجواب السؤال فيها إذا قيل له أنك امرأة فقال قد طلقتها وكالطيف مع المعطوف عليه والصفة مع الموصوف، وقولهم أنه كناية لم ينوبها الظهار قلنا قد وجد دليل النية فيكتفى بهار قولهم أنه يحتمل فلماذا ذكرنا من القرينة يزيل الاحتمال وإن بقي احتمال ما كان مرجوحاً فلا يثبت اليه كلاحتمال في اللفظ الصريح

(مسئلة) قال (والكفارة عتق رقبة مؤمنة سالمة من العيوب المفسدة بالعمل)

في هذه المسئلة ثلاث مسائل: الأولى أن كفارة المظاهر القادر على الاعتاق عتق رقبة لا يجزئه غير ذلك بغير خلاف علمناه بين أهل العلم، والأصل في ذلك قول الله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يماسا إلى قوله فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يماسا) وقول النبي ﷺ لا وس بن الصامت حين ظاهر من امرأته «عتق رقبة» قالت لا يجد قال «فيصوم» وقوله أسامة بن صخر مثل ذلك فمن وجد رقبة يستغني عنها أو وجد منها فاضلاع حاجته

لأن التحرير والصيام منصوص عليهما في كتاب الله تعالى إلا الإطعام ففي وجوبه روايتان (إحداهما) لا يجب لأن الله تعالى لم يذكره في الكفارة (والثانية) يجب قياساً على كفارة الظهار والجماع في نهار شهر رمضان

(مسئلة) (والاعتبار في الكفارة بحال الوجوب في إحدى الروايتين)

وهي ظاهر كلام الحزبي لأنه قال إذا حنث وهو عبد فلم يكفر حتى عتق فعليه الصوم لا يجزئه غيره وكذلك قال الأثرم سمعت أبا عبد الله يسئل عن عبد حلف على يمين فحنث فيها وهو عبد فلم يكفر حتى عتق أي كفر كفارة حر أو كفارة عبد؟ قال يكفر كفارة عبد لأنه إنما يكفر ما وجب عليه يوم حنث لا يوم حلف قالت له حلف وهو عبد وحنث وهو حر قال يوم حنث واحتج فقال افتري وهو عبد أي ثم أعتق فأما يجلد العبد وهذا أحد أقوال الشافعي، فعلى هذه الرواية يعتبر بإساره وأعساره حال وجوبها عليه فإن كان موسراً حال الوجوب استمر وجوب الرقبة عليه فلم تسقط بأعساره بذلك وإن كان معسراً ففرضه الصوم فإذا أيسر بعد ذلك لم يلزمه الانتقال إلى الرقبة (والرواية الثانية) الاعتبار باغلاظ الأحوال من حين الوجوب إلى حين التكفير فتى وجد رقبة فيما بين الوجوب إلى حين التكفير لم يجزئه إلا الاعتاق وهو قول ثان للشافعي لأنه حق يجب في الذمة بوجود مال فاعتبر فيه اغلاظ الأحوال كاللحج، وله قول ثالث أن الاعتبار بحالة الأداء وهو قول أبي حنيفة ومالك لأنه حق له بدل من غير جنسه فكان الاعتبار فيه بحالة الأداء كالوضوء

ولنا أن الكفارة يجب على وجه الطهارة فكان الاعتبار فيها بحالة الوجوب كالحل أو نقول من وجب عليه الصيام في الكفارة لم يلزمه غيره كالعبد إذا عتق، ويفارق الوضوء فإنه لو تيمم ثم وجد الماء لما بطل تيممه وههنا لو صام ثم قدر على الرقبة لم يبطل صومه وليس الاعتبار في الوضوء بحالة الأداء

ووجدوها لم يحزته الا الاعتاق لان وجود المبدل اذا منع الانتقال الى البدل كانت القدرة على ثمنه تمنع الانتقال كالماء وثمنه يمنع الانتقال الى التيمم

(المسئلة الثانية) أنه لا يحزته الا عتق رقبة مؤمنة في كفارة الظهار وسائر الكفارات هذا ظاهر المذهب وهو قول الحسن ومالك والشافعي واسحاق وأبي عبيد ، وعن أحمد رواية ثانية أنه يحزى فباعداء كفارة القتل من الظهار وغيره عتق رقبة ذمية وهو قول عطاء والنخعي والثوري وأبي ثور وأصحاب الرأي وابن المنذر لان الله تعالى أطلق الرقبة في هذه الكفارة فوجب أن يحزى ما تناوله الاطلاق

ولنا ما روى معاوية بن الحكم قال كانت لي جارية فأتيت النبي ﷺ فقلت علي رقبة أفأعتقها؟ فقال لها رسول الله ﷺ « أين الله؟ » فقالت في السماء فقال « من أنا؟ » فقالت أنت رسول الله فقال ﷺ « أعتقها فإنها مؤمنة » أخرجه مسلم والنسائي ، فعلى جواز إعتاقها عن الرقبة التي عليه بأنها

لأنما الاعتبار بإداء الصلاة فأما الحج فهو عبادة العمر وجميعه وقت لها فتنبى قدر عليه في جزء من وقته وجب بخلاف مسئلتنا ثم يبطل ما ذكره فان قيل العبد كان من لا تجب عليه الرقبة ولا تجزئه في حال رقه فلما لم تجزئه لم تلزمه بتغير الحال بخلاف مسألتنا قلنا هذا مما لا أثر له

(فصل) وإذا قلنا ان الاعتبار بحالة الوجوب وكان معسراً ثم أيسر فله الانتقال إلى العتق ان شاء وهو قول الشافعي على القول الذي يوافقنا فيه بان الاعتبار بحالة الوجوب لان العتق هو الاصل فوجب ان يحزته كسائر الاصول وعن أحمد في العبد إذا اعتق لا يحزته غير الصوم وهذا على قولنا ان الاعتبار بحالة الوجوب وهي حين حث اختياره الحرقى لانه حثت وهو عبد فلم يكن يحزته إلا الصوم فكذلك بعد وقد نص أحمد على أنه يكفر كفارة عبد قال القاضي وفي ذلك نظر ومعناه أنه لا يلزمه التكفير بالمال فان كفر به اجزأه وهذا منصوص الشافعي ومن أصحابه من قال كقول الحرقى ووجه ذلك أنه حكم تعلق بالعبد في رقه فلم يتغير بحريته كالحمد وهذا على القول الذي لا يجوز للعبد التكفير بالمال بأذن سيده فأما على القول الآخر فله التكفير ههنا بطريق الاولى لانه إذا جازله في حال رقه ففي حال حريته قد زال ذلك فلا حاجة إلى إذنه فأما ان قلنا الاعتبار في التكفير باغلاظ الاحوال لم يكن له ان يكفر إلا بالمال ان كان له مال فأما ان حلف وهو عبد وحنت وهو حر فحكمه حكم الاحرار لان الكفارة لا تجب قبل الحنث وإنما وجبت وهو حر والله أعلم

(مسئلة) (فان شرع في الصوم ثم قدر على العتق لم يلزمه الانتقال اليه)

وبه قال الشعبي وقتادة ومالك والاوزاعي والليث والشافعي وأبو ثور وابن المنذر وهو أحد قول الحسن ويحتمل ان يلزمه واليه ذهب ابن سيرين وعطاء والنخعي والحكم وحامد والثوري وأبو عبيد (المغني والشرح الكبير) (٧٤) (الجزء الثامن)

مؤمنة فدل على انه لايجزي عن الرقية التي عليه الا مؤمنة ، ولانه تكفير بعق فلم يجز الا مؤمنة ككفارة القتل والمطاق يحمل على المقيد من جهة القيام إذا وجد المعنى فيه ولا بد من تقيده فانما أجمعنا على انه لايجزي . إلا رقية سليمة من العيوب المضره بالعمل ضرراً بينا فالتقييد بالسلامة من الكفر أولى (المسئلة الناشئة) أنه لايجزئه إلا رقية سالمة من العيوب المضره بالعمل ضرراً بينا لان المقصود تملك العبد منافعه ويمكنه من التصرف لنفسه ولا يحصل هذا مع ما يضر بالعمل ضرراً بينا فلا يجزيه الا المعنى لانه لا يمكنه العمل في أكثر الصنائع ولا المتعد ولا المقطوع اليدين أو الرجلين لان اليدين آلة البعش فلا يمكنه العمل مع فقدهما والرجلان آلة المشي فلا يتهيأ له كثير من العمل مع تلافهما والشل كاقطع في هذا ولا يجزي . المجنون جنونا مطبقاً لانه وجد فيه المنعيان ذهاب منفعة الجنس وحصول الضرر بالعمل . وبهذا كله قال مالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ، وحكي عن داود أنه جوز كل رقية يقع عليها الاسم أخذاً باطلاق اللفظ ولنا أن هذا نوع كفارة فلم يجزي ما يقع عليه الاسم كالاطعام فانه لايجزي أن يطعم مـوساً ولا عفناً وإن كان يسمى طعاماً والآية مقيدة بما ذكرناه

وأصحاب الرأي لانه قدر على الاصل قبل أداء فرضه بالبدل فلزمه العود اليه كالتميم بحـد الماء قبل الصلاة أو في أثناءها ولنا أنه لم يقدر على العتق قبل تلبسه بالصيام فأشبه ما لو استمر العجز إلى ما بعد الفراغ ولانه وجد المبدل بعد الشروع في صوم البدل فلم يلزمه الانتقال اليه كالاستمتم بمجد الهدى بعد الشروع في الايام السبعة وينارق ما إذا وجد الماء في الصلاة فان الصلاة تضاعفها يسير والمشقة في هذا أكبر (فصل) وإذا قلنا الاعتبار بحال الوجوب فوقته في الظهار من حين العود لا وقت المظاهرة لان الكفارة لا تجب حتى يعود ووقته في اليمين من الحنث لا وقت اليمين وفي القتل زمن الزهوق لا زمن الجرح وتقديم الكفارة قبل الوجوب تعجيل لها قبل وجوبها لوجود سببها كتعجيل الزكاة قبل الحول بعد كمال النصاب

(فصل) إذا كان المظاهر ذمياً فتكفيره بالعتق أو بالاطعام لانه يصح منه في غير الكفارة فصح منه فيها وليس له الصيام لانها عبادة محضة والكافر ليس من أهلها ولانه لا يصح منه في غير الكفارة فلا يصح منه فيها ولايجزئه في العتق إلا عتق رقية مؤمنة فان كانت في ملكه أو ورثها أجزأت عنه وان لم يكن كذلك فلا سبيل له إلى شراء رقية مؤمنة لان الكافر لا يصح منه شراء المسلم لم يتعين تكفيره بالاطعام إلا ان يقول لمسلم أعنت عن كفارتي وعلي ثمنه فيصح في إحدى الروايتين وان أسلم الذمي قبل التكفير بالاطعام في حكمه حكم العبد يعق قبل التكفير بالصيام على ما مضى لانه في معناه وان ظاهر وهو مسلم ثم ارتد وصام في رده عن كفارته لم يصح وان كفر بعق أو اطعام فقد اطلق أحمد القول

(فصل) ولا يجزى مقطوع اليد أو الرجل ولا أشلاها ولا مقطوع ابهام اليد أو سبابتها أو الوسطى لأن نفع اليد يذهب بذهاب هؤلاء ولا يجزى مقطوع الخنصر والبنصر من يد واحدة لأن نفع اليدين يزول أكثره بذلك وإن قطعت كل واحدة من يد جاز لأن نفع الكفين باق وقطع أنملة الإبهام كقطع جميعها فإن نفعها يذهب بذلك لكونها أناملتين ، وإن كان من غير الإبهام لم يمنع لأن منفعتها لا تذهب فإنها تصير كالأصابع القصار حتى لو كانت أصابعه كلها غير الإبهام قد قطعت من كل واحدة منها أنملة لم يمنع وإن قطع من الأصبع أنملة فإنها كفطما لانه يذهب بمنفعتها وهذا جميعه مذهب الشافعي ، وقال أبو حنيفة يجزى مقطوع إحدى اليدين أو إحدى الرجلين ولو قطعت يده ورجله جميعا من خلاف أجزأت لأن منفعة الجنس باقية فأجزأت في الكفارة كالأعور فأما ان قطعنا من وفاق أي من جانب واحد لم يجزى لأن منفعة المشي تذهب

ولنا أن هذا يؤثر في العمل ويضر ضرراً بيناً فوجب أن يمنع أجزاءها كما لو قطعنا من وفاق ويخلف العور فإنه لا يضر ضرراً بيناً والاعتبار بالضرر أولى من الاعتبار بمنفعة الجنس فإنه لو ذهب

أنه لا يجزئه وقال القاضي المذهب ان ذلك موقوف فإن أسلم تبيننا أنه أجزاء وان مات أو قتل تبيننا أنه لم يصح منه كسائر تصرفاته

(فصل) قال الشيخ رحمه الله فن ملك رقبة أو أمكنه تحصيلها فاضلا عن كفايته وكفاية من يمونه على الدوام وغيرها من حوائجها الأصلية بمن مثلها لزمه العتق أجمع أهل العلم على ذلك وأنه ليس له الانتقال إلى الصيام إذا كان مسلماً حراً

(مسئلة) (فان كانت له رقبة يحتاج الى خدمتها لكبر أو مرض أو زمن أو عظم خلق ونحوه مما يعجز عن خدمة نفسه أو يكون ممن لا يخدم نفسه في العادة ولا يجد رقبة فاضلة عن خدمته فليس عليه الاعتاق)

وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك والأوزاعي متى وجد رقبة لزمه اعتاقها ولم يجز له الانتقال إلى الصيام سواء كان محتاجاً إليه أو لم يكن لأن الله تعالى شرط في الانتقال إلى الصيام ان لا يجد رقبة بقوله (فمن لم يجد) وهذا واجد واز وجد منها وهو محتاج إليه لم يلزمه شراؤها وبه قال أبو حنيفة وقال مالك يلزمه لأن وجدان منها كوجدانها

ولنا ان ما استغرقته حاجة الانسان فهو كالمعدوم في جواز الانتقال إلى البذل كمن وجد ماء يحتاج إليه للعطش يجوز له الانتقال إلى التيمم فان كان له خادم وهو ممن يخدم نفسه عادة لزمه اعتاقها لانه فاضل عن حاجته بخلاف من لم يجز عاداته بخدمة نفسه فان عليه مشقة في اعتاق خادمه وتضييعاً لكثير من حوائجه وان كان له خادم يخدم امرأته وهو ممن عليه خدمتها او كان له رقيق يتقوت بخراجهم لم يلزمه العتق لما ذكرنا

شمه أو قطعت أذناه مع أجزاء مع ذهاب منفعة الجنس ولا يجزىء الاعرج إذا كان عرجا كثيرا فأحشا
لأنه يضر بالعمل فهو كقطع الرجل ، وإن كان عرجا كثيرا لا يمنع الأخرى لأنه قليل الضرر
(فصل) ويجزىء الاعور في قولهم جميعا ، وقال أبو بكر فيه قول آخر لا يجزىء لأنه نقص يمنع
التضحية والأجزاء في الهدى فأشبه العمى والصحيح ما ذكرناه فإن المقصود تكميل الأحكام وتمليك
العبد المنافع والعور لا يمنع ذلك ولأنه لا يضر بالعمل فأشبه قطع إحدى الأذنين ويفارق العمى فإنه
يضر بالعمل ضررا يبتدأ ويمنع كثيرا من الصنائع ويذهب بمنفعة الجنس ويفارق قطع إحدى اليدين
والرجلين فإنه لا يعمل بأحداهما ما يعمل بهما والاعور يدرك بأحدى العينين ما يدرك بهما . وأما
الاضحية والهدى فإنه لا يمنع منهما مجرد العور وإنما يمنع انخساف العين وذهاب العضو المستطاب ولأن
الاضحية يمنع فيها قطع الأذن والقرن والعنق لا يمنع فيه إلا ما يضر بالعمل ويجزىء المقطوع الأذنين
وبذلك قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك وزفر لا يجزىء لأنهما عضوان فيها الدية أشبه اليدين
ولنا أن قطعهما لا يضر بالعمل الضرر البين فلم يمنع كقص السمع بخلاف قطع اليدين ويجزىء
مقطوع الأنف لذلك ويجزىء الأصم إذا فهم بالإشارة ويجزىء الآخرس إذا فهمت إشارته وفهم بالإشارة

(مسئلة) (فإن كان له دار يسكنها أو عقار يحتاج إلى غلته لمؤنته أو عرض للتجارة لا يستغني عن
ربحه في مؤنته لم يلزمه العتق)

وان استغنى عن شيء من ذلك مما يمكنه أن يشتري به رقبة لزمه لأنه واجد للرقبة وإن كانت له
رقبة تخدمه يمكنه بيعها وشراء رقبتين بشتمنها يستغني بخدمة أحدهما ويعتق الأخرى لزمه لأنه لا ضرر في
ذلك وهكذا لو كانت له ثياب فاخرة تزيد على ملابس مثله يمكنه بيعها وشراء ما يكفيه في لباسه ورقبة
يعتقها لزمه ذلك وكذلك إن كانت له دار يمكنه بيعها وشراء ما يكفيه لسكنها مثله ورقبة أوضعة يفضل
منها عن كفايته ما يمكنه به شراء رقبة وبراعي في ذلك الكفاية التي يحرم معها أخذ الزكاة فإذا فضل
عن ذلك شيء يمكنه شراء رقبة به لزمته الكفارة وإن كان له دابة يحتاج إلى ركوبها أو كتب يحتاج
إليها لم يلزمه العتق ومذهب الشافعي في هذا الفصل على نحو ما ذكرنا وإن كانت له سرية لم يلزمه
اعتاقها لأنه محتاج إليها وإن أمكنه بيعها وشراء سرية أخرى ورقبة يعتقها لم يلزمه ذلك لأن الغرض قد
يتعلق بغيرها فلا يقوم غيرها مقامها سيما إذا كان بدون مثاها

(مسئلة) وإن وجد رقبة بضمن مثاها لزمه شراؤها وإن كانت بزيادة تتجحف بما له لم يلزمه شراؤها
لأن عليه ضررا في ذلك وإن كانت الزيادة لا تتجحف بما له ففيه وجهان

(أحدهما) يلزمه لأنه قدر على الرقبة بضمن يقدر عليه لا تتجحف به فأشبه ما لو بيعت بضمن مثاها
(والثاني) لا يلزمه لأنه لم يجد رقبة بضمن مثاها فأشبهه العادم وأصل الوجهين العادم للماء إذا وجد به زيادة على
ضمن مثله فإن وجد رقبة بضمن مثاها إلا أنها رقبة رقيقة يمكن أن يشتري بضمنها رقبا من غير جنسها لزمه

وهذا مذهب الشافعي وأبي ثور ، وقال أصحاب الرأي لا يجزئ ، لأن منفعة الجنس ذاهبة فأشبهه زائل العقل وهذا المنصوص عليه عن أحمد لأن الحرس نقص كثير يمنع كثيراً من الأحكام مثل القضاء والشهادة وأكثر الناس لا يفهم اشارته فيتضرر في ترك استعماله ، وإن اجتمع الحرس والصمم فقال القاضي لا يجزئ . وهو قول بعض الشافعية لاجتماع النقصين فيه وذهب منفعي الجنس ووجه الأجزاء أن الإشارة تقوم مقام الكلام في الأفهام ويثبت في حقها أكثر الأحكام فيجزئ في العتق كالذي ذهب شمه فأما الذي ذهب شمه فيجزئ لأنه لا يضر بالعمل ولا يغيره

فأما المريض فإن كان مرجو البرء كالحمل وما أشبهها أجزاء في الكفارة وإن كان غير مرجو الزوال كالسل ونحوه لم يجزئ لأن زواله يندر ولا يتمكن من العمل مع بقاءه ، وأما نضو الحلق فإن كان يتمكن معه من العمل أجزاء وإلا فلا ويجزئ لاحق وهو الذي بخطي ، على بصير ويصنع الأشياء لغير فائدة ويرمي الخطأ صواباً ومن يخفق في الأحيان والحصى والمحجوب والرتقاء والكبير الذي يقدر على العمل لأن

شراؤها لأنها بثمن مثلها ولا يعد شراؤها بذلك ضرراً وإنما الضرر في اعتاقها وذلك لا يمنع الوجوب كالوكان ما يكالها

(مسئلة) (وان وهب له رقبة لم يلزمه قبولها)

لأن عليه منة في قبولها وذلك ضرر في حقه

(مسئلة) (وان كان ماله غائباً وامكنه شراؤها بنسيئة فقد ذكر شيخنا فيما إذا عدم الماء فبذل له

بثمن في الذمة يقدر على ادائه في بلده وجهين

أحدهما يلزمه شراؤه قاله القاضي لأنه قادر على أخذه بما لا مضرة فيه وقال أبو الحسن التميمي لا يلزمه لأن عليه ضرراً في بقاء الدين في ذمته وربما تلف ماله قبل ادائه فيخرج ههنا على وجهين والاولى أن شاء الله أنه لا يلزمه لذلك وإن كان ماله غائباً ولم يمكنه شراؤها بنسيئة فإن كان مرجو الحضور قريباً لم يجز الانتقال إلى الصيام لأن ذلك بمنزلة الانتظار لشراء الرقبة وإن كان بعيداً لم يجز الانتقال إلى الصيام في غير كفارة الظهار لأنه لا ضرر في الانتظار وهل يجوز في كفارة الظهارة؟ على وجهين (أحدهما) لا يجوز لوجود الأصل في ماله لوجود الكفارات (والثاني) يجوز لأنه يحرم عليه المسيس فجاز له الانتقال للحاجة فإن قيل فلو عدم الماء وثمنه جاز له الانتقال إلى التيمم وإن كان قادراً عليها في بلده قلنا الطهارة تجب لأجل الصلاة وليس له تأخيرها عن وقتها فدعت الحاجة إلى الانتقال بخلاف مسئلتنا ولأننا لو منمناه من التيمم لوجود العذر للقدرة على اناء في بلده بطلت رخصة التيمم فإن كل أحد يقدر على ذلك

(مسئلة) (ولا يجزئ في كفارة القتل الأرقبة مؤمنة)

لقول الله تعالى (ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة) وكذلك في سائر الكفارات في ظاهر

مالا يضر بالعمل لا يمنع تملك العبد منافعه وتكميل أحكامه فيحصل الاجزاء به كإسلام من العيوب
(فصل) ويجزى عتق الجاني والمرهون وعتق المملوك عبدا إذا قلنا بصحة عتقهم وعتق المدبر
والخصي وولد الزنا لكمال العتق فيهم

(فصل) ولا يجزى عتق المصوب لانه لا يقدر على تمكينه من منافعه ولا غائب غيبة منتظمة
لا يعلم خبره لانه لا يعلم حياته الا يعلم صحة عتقه وإن لم ينقطع خبره أجزأ عتقه لانه عتق صحيح ولا يجزى
عتق الحمل لانه لم تثبت له أحكام الدنيا ولذلك لم يجب فطرته ولا يفيقن أيضا وجوده وحياته ولا عتق
أم الولد لان عتقها مستحق بسبب غير الكفارة والمالك فيها غير كامل ولهذا لا يجوز بيعها، وقال
طاوس والبيهقي يجزى عتقها لانه عتق صحيح ولا يجزى عتق مكاتب أدى من كتابته شيئا وسنذكر
هذا في الكفارات ان شاء الله تعالى

﴿مسئلة﴾ قال (فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين)

أجمع أهل العلم على أن المظاهر اذا لم يجد رقبة أن فرضه صيام شهرين متتابعين وذلك لقول الله تعالى
(فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يمسأ) وحديث أوس بن الصامت وسلمة بن صخر

المذهب وهو قول الحسن وبه قال مالك والشافعي وإسحاق وأبو عبيد ومن أحدثوا رواية ثانية انه يجزى
فيما عدا كفارة القتل من الظهار وغيره عتق رقبة ذمية وهو قول عطاء والثوري والنخعي وأبي ثور
وأصحاب الرأي وابن المنذر لان الله تعالى أطلق الرقبة في كفارة الظهار فوجب ان يجزى ما تناوله الاطلاق
ولنا ما روى معاوية بن الحكم قال كانت لي جارية فاتيت النبي ﷺ فقلت علي رقبة افاعتها؟ فقال
لها رسول الله ﷺ «ابن الله؟» قالت في السماء قال من انا؟ قالت انت رسول الله فقال رسول ﷺ - اعتقها
فانها مؤمنة» اخرجه مسلم فعمل جواز اعتاقها عن الرقبة التي عليه بانها مؤمنة فدل على انه لا يجزى عن
الرقبة التي عليه الا مؤمنة ولانه عتق في كفارة فلا يجزى فيه الكفارة ككفارة القتل والجامع بينهما
ان الاعتاق يتضمن تفرغ العبد المسلم لعبادة ربه وتكميل أحكامه وعبادته وجهاده ومعونة المسلمين فناسب
ذلك شرع اعتاقه في الكفارة تحصيل هذه المصالح والحكم مقرون بها في كفارة القتل المنصوص
على الايمان فيها فيعمل بها ويتعدى ذلك الى كل عتق في كفارة مختص بالمؤمنة لاختصاصها بهذه الحكمة
فأما المطلق الذي احتجوا به فانه يحمل على المقيد في كفارة القتل كما حمل مطلق قوله تعالى (واشهدوا
شهيدين من رجالكم) على المقيد في قوله (وأشهدوا ذوي عدل منكم) وان لم يحمل عليه من جهة
اللغة حمل عليه من جهة القياس

﴿مسئلة﴾ (ولا يجزى الا رقبة سليمة من العيوب المضرة بالعمل ضرراً يئنا)

لان المقصود تملك العبد منافعه وتمكينه من التصرف لنفسه ولا يحصل هذا مع ما يضر بالعمل ضرراً

وأجمعوا على أن من وجد رقبة فاضلة عن حاجته فليس له الانتقال إلى الصيام وإن كانت له رقبة يحتاج إلى خدمتها لزم أن أو كبر أو مرض أو عظم خاق ونحوه مما يهجزه عن خدمة نفسه أو يكون ممن لا يخدم نفسه في العادة ولا يجد رقبة فاضلة عن خدمته فليس عليه الاعتاق وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك والاوزاعي متى وجد رقبة ثزمه اعتاقها ولم يجز له الانتقال إلى الصيام سواء كان محتاجا إليها أو لم يكن، لأن الله تعالى شرط في الانتقال إلى الصيام أن لا يجد رقبة بقوله (فمن لم يجد) وهذا واجد وإن وجد ثمنها وهو محتاج إليه لم يلزمه شراؤها وبه قال أبو حنيفة وقال مالك يلزمه لأن وجدان ثمنها كوجدانها.

ولنا أن ما استغرقته حاجة الإنسان فهو كالمعذور في جواز الانتقال إلى البذل لمن وجد ما يحتاج إليه ليعطش يجوز له الانتقال إلى التيمم وإن كان له خادم وهو ممن يخدم نفسه عادة لزمه اعتاقها لأنه فاضل عن حاجته بخلاف من لم تجر عاداته بخدمة نفسه فإن عليه مشقة في إعتاق خادمه رضياعا لكثير من حوائجه وإن كان له خادم يخدم أمراته وهي ممن عليه اخداؤها أو كان له رقيق يتقوت بمخراجهم

بيننا فلا يجزىء الأعمى لأنه لا يمكنه العمل في أكثر الصنائع ولا المقعد وكذلك مقطوع اليدين والرجلين أو أشلها لأن اليدين آلة البطش والرجلين آلة المشي فلا يتهيأ له كثير من العمل مع تلفهما ولا يجزىء المجنون جنونا مطبقا لأنه وجد فيه المغنيان ذهاب منفعة الجنس وحصول الضرر بالعمل وبهذا قال مالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي وحكي عن داود أنه جوز كل رقبة يقع عليها الاسم اخذاً بإطلاق اللفظ ولنا أن هذا نوع كفارة فلم يجزىء مطلق ما يقع عليه الاسم كالاطعام فإنه لا يجزىء أن يطعم مسوسا ولا عفنا وإن كان يسمى ظاماً أو آية مقيدة بما ذكرناه

(مسئلة) (لا يجزىء مقطوع اليد أو الرجل ولا أشلها ولا مقطوع إبهام اليد أو سبابتها أو الوسطى) لأن نفع اليد يذهب بذهاب هؤلاء ولا يجزىء مقطوع الخصر والبصر من يد واحدة لأن نفع اليد يزول أكثره بذلك وإن قطعت كل واحدة منهما من يد جاز لأن نفع الكفين باق وقطع انملة الإبهام كقطعها لأن نفعها يذهب بذلك لكونها انملتين وإن كان من غير الإبهام لم يمنع لأن منفعتها لا تذهب فإنها تصير كالاصبع القصير حتى لو كانت أصابعها كلها غير الإبهام قد قطعت من كل واحدة منها انملة لم يمنع وإن قطع من الأصبع انملتان فهو كقطعها لأنه يذهب بمنفعتها وهذا كله مذهب الشافعي وقال أبو حنيفة يجزىء مقطوع إحدى اليدين وإحدى الرجلين ولو قطعت يده ورجله جميعا من خلاف اجزأ لأن منفعة الجنس باقية فاجزأ في الكفارة كالاعور وأما أن قطعتا من وفاق أي من جانب واحد لم يجزىء لأن منفعة الشيء تذهب

ولنا أن هذا يؤثر في العمل ويضر ضرراً بينا فيمنع كما لو قطعتا من وفاق ويخالف العور فإنه لا يضر ضرراً بينا

أو دار يسكنها أو عمار يحتاج إلى غاته مؤنته أو عرض للتجارة لا يستغني عن ربحه في مؤنته لم يلزمه العتق وإن استغني عن شيء من ذلك مما يمكنه أن يشتري به رقبة لزمه لأنه واحد للرقبة وإن كانت له رقبة تخدمه يمكنه بيعها وشرا رقبتين بثمنها يستغني بخدمة إحداهما ويعتق الأخرى لزمه لأنه لا ضرر في ذلك وهكذا لو كانت له ثياب فآخرة تزيد على ملابس مثله يمكنه بيعها وشرا ما يكفيه في لباسه ورقبة لزمه ذلك وإن كانت له دار يمكنه بيعها وشرا ما يكفيه لسكنى مثله ورقبة أو ضيعة يفضل منها عن كفايته ما يمكنه شراء رقبة لزمه ويراعي في ذلك الكفاية التي يحرم معها أخذ الزكاة فإذا فضل عن ذلك شيء وجبت فيه الكفارة ومذهب الشافعي في هذا الفصل جميعه على نحو مما قلنا وإن كانت له سرية لم يلزمه اعتاقها لأنه يحتاج إليها وإن أمكنه بيعها وشرا سرية أخرى ورقبة يعتقها لم يلزمه ذلك لأن الفرض قد يتعلق بعينها فلا يقوم غيرها مقامها سيما إذا كان بدون ثمنها

(فصل) فإن كان موسراً حين وجوب الكفارة إلا أن ماله غائب فإن كان مرجو الحضور قريباً لم يجوز الانتقال إلى الصيام لأن ذلك بمنزلة الانتظار لشراء الرقبة وإن كان بعيداً لم يجوز الانتقال إلى الصيام في غير كفارة الظهار لأنه لا ضرر في الانتظار وهل يجوز ذلك في كفارة الظهار؟ فيه وجهان

ولنا فيه منع وإن سلم فلا اعتبار بالضرر أولى بالاعتبار بمنفعة الجنس فإنه لو ذهب شتمه أو قطعت أذناه مما أجزأ مع ذهاب منفعة الجنس

(مسئلة) ولا يجوز للمريض المأبوس من برئه كرض السل

لأن برأه يندر ولا يتمكن من العمل مع بقاءه وإن كان المرض يرجى زواله كالخلى ونحوها لم يمنع الأجزاء في الكفارة ولا يجوز النحيف العاجز عن العمل لأنه كالريض المأبوس من برئه وإن كان يتمكن من العمل أجزأ

(مسئلة) (ولا يجوز غائب)

لا يعلم خبره لأنه مشكوك في حياته والأصل بقاء شغل الذمة فلا تبرأ بسلك وهو مشكوك في وجوده فيشك في اعتناؤه فإن قبل الأصل حياته لما إن المرت قد علم أنه لا بد منه وقد وجدت دلالة عليه وهو انقطاع أخباره فإن تبين بعد هذا كونه حياً صح اعتناؤه وتبيناً براءة ذمته من الكفارة وإلا فلا وإن لم ينقطع خبره أجزأ عنه لأنه عتق صحيح :

(مسئلة) ولا يجوز مجنون مطابق لأنه لا يقدر على العمل

(مسئلة) (ولا يجوز الأخرس)

وهو قول القاضي وبعض الشافعية قال شيخنا والأولى أنه متى فهمت إشارته وفهم إشارة غيره أنه يجوز لأن الإشارة تقوم مقام الكلام في الإقناع وأحكامها كلها تثبت إشارته فكذلك عتقه وكذلك الأخرس الذي تفهم إشارته ، وهذا مذهب الشافعي وأبي ثور وعن أحمد أنه لا يجوز وبه قال

[أحدهما] لا يجوز لوجود الاصل في ماله فأشبهه سائر الكفارات (والثاني) يجوز لانه يحرم عليه المسيس فجاز له الانتقال لوضع الحاجة ، فان قيل فلو عدم الماء وثمنه جاز له الانتقال الى التيمم وان كان قادراً عليهما في بلده فلما الطهارة تجب لاجل الصلاة وليس له تأخيرها عن وقتها فدعت الحاجة الى الانتقال بخلاف مسئلتنا ولاننا لو منعناه من التيمم لوجود القدرة في بلده بطلت رخصة التيمم فان كل أحد يتدر على ذلك

(فصل) وان وجد ثمن الرقبة ولم يجد رقبة يشتريها فله الانتقال الى الصيام كما لو وجد ثمن الماء ولم يجد ما يشتريه ، وان وجد رقبة تباع بزيادة على ثمن انشئ تجحف بماله لم يلزمه شراؤها لان فيه ضرراً وان كانت لا تجحف بماله احتمل وجهين

[أحدهما] يلزمه لانه قادر على الرقبة بثمن يتدر عليه لا يجحف به فأشبهه ما لو بيعت بثمن مثلها (والثاني) لا يلزمه لانه لم يجد رقبة بثمن مثلها أشبهه العادم ، وأصل الوجين العادم للماء إذا وجد بزيادة على ثمن مثله فان وجد رقبة بثمن مثلها الا أنها رقبة رفيعة يمكن أن يشتري بثمنها رقبا من

أصحاب الرأي لان منفعة الجنس ذاهبة فأشبهه زائل العقل ولان الحرم نقص كبير يمنع كثيراً من الاحكام مثل القضاء والشهادة وكثير من الناس لا تنهم اشارته فيتضرر بترك استعماله ، والاول أولى ان شاء الله لما ذكرناه وذهب منفعه الجنس لا يمنع الاجزاء كذهاب الشم وذهب الشم لا يمنع الاجزاء لانه لا يضر بالعمل ولا بغيره ويجزى مقطوع الاذنين وبذلك قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال مالك وزفر لا يجزى.

ولنا ان قطعها لا يضر بالعمل ضرراً يذنب فلم يمنع كتنص السمع بخلاف قطع اليدين ويجزى مقطوع الانف لذلك.

(مسئلة) ولا يجزى عتق من علق عتقه بصفة عند وجودها
فأما ان علق عتقه للكفارة وأعتقه عند وجود الصفة أجزاء لانه أعتق عبده الذي يملكه عن كفارته ولا يجزى عتق المديون لان عتقه مستحق في غير الكفارة فلم يجزئه كالذي استحق عليه الاطعام في النفقة فدفعه في الكفارة .

(مسئلة) ولا يجزى من يعتق عليه بالقرابة
وجملة ذلك أنه اذا اشترى من يعتق عليه إذا ملكه ينوي بشرائه عتقه عن الكفارة عتق ولم يجزئه وبهذا قال مالك والشافعي وأبي ثور وقال أصحاب الرأي يجزئه استحسننا لانه يجزى عن كفارة البائع فأجزأ عن كارة المشتري كغيره

ولنا قوله تعالى (فتحرير رقبة) والتحرير فعل العتق ولم يحصل العتق ههنا بتحرير منه ولا

غير جنسها لزمه شراؤها لأنها بثمن مثلها ولا يعد شراؤها بذلك الثمن ضرراً وإنما الضرر في اعتاقها وذلك لا يمنع الوجوب كما لو كان مالاً كاملاً

﴿مسئلة﴾ قال (فإن أفطر فيها من عذر بني وإن أفطر من غير عذر ابتداءً)

أجمع أهل العلم على وجوب التتابع في الصيام في كفارة الظهار ، وأجمعوا على أن من صام بعض الشهر ثم قطعه لغير عذر وأفطر أن عليه استئناف الشهرين وإنما كان كذلك لورود لفظ الكتاب والسنة به ومعنى التتابع الموالاة بين صيام أيامها فلا يفطر فيها ولا يصوم عن غير الكفارة ، ولا يفتر التتابع إلى نية ويكفي فعله لأنه شرط وشرائط العبادات لا تحتاج إلى نية وإنما تجب النية لأفعالها وهذا أحد الوجوه لأصحاب الشافعي ، والوجه الآخر أنها واجبة لكل ليلة لأن ضم العبادة إلى العبادة إذا كان شرطاً وجبت النية فيه كالجمع بين الصلاتين والثالث تكفي نية التتابع في الليلة الأولى ولنا أنه تنابع واجب في العبادة فلم يفتقر إلى نية كالتابعة بين الركعات ، ويفارق الجمع بين الصلاتين فإن ذلك رخصة فافتقر إلى نية الترخص وما ذكره ينقض بالتابعة بين الركعات ، وأجمع

اعتق فلم يكن عتقاً للامر ولأن عتقه مستحق بسبب آخر فلم يجزئه كما لو ورثه ينوي به العتق عن كفارته أو كالم ولد ويخالف المشتري البائع من وجهين (أحدهما) أن البائع يعتقه والمشتري لم يعتقه وإنما يعتق باعتق الشرع عن غير اختيار منه (الثاني) أن البائع لا يستحق عليه اعتاقه والمشتري بخلاف ذلك

(فصل) إذا اشترى عبداً ينوي اعتاقه عن كفارته فوجد به عيباً لا يمنع من الاجزاء في الكفارة وأخذ أرشه ثم اعتق العبد عن كفارته أجزاءه وكان الأرض له لأن العتق إنما وقع على العبد المغيب دون الأرض فإن اعتقه قبل العلم بالعيب ثم ظهر على العيب فأخذ أرشه فهو له كما لو أخذ قبل اعتاقه وعنه أنه يصرف الأرض في الرقاب لأنه اعتقه مستقداً أنه سليم فكان بمنزلة العوض عن حق الله تعالى فكان الأرض مصر وفا في حق الله تعالى كما لو باعته كان الأرض المشتري فإن علم العيب ولم يأخذ أرشه حتى اعتقه كان الأرض له العتق لأنه اعتقه معيها عالماً بعيبه فلم يلزمه أرض كما لو باعته لمن يعلم عيبه .

﴿مسئلة﴾ (ولا يجزىء من اشتراء بشرط العتق)

في ظاهر المذهب وهو ظاهر مذهب الشافعي ، وقد روي عن معقل بن يسار ما يدل عليه وذلك لأنه إذا اشتراه بشرط العتق فالظاهر أن البائع يقصده من الثمن لأجل هذا الشرط . فكانه أخذ عن العتق عوضاً فلم يجزئه عن الكفارة . قال أحمد إن كانت رقبة واجبة لم تجزئه لأنها ليست رقبة سائمة ولأن عتقها مستحق بسبب آخر وهو الشرط . فلم يجزئه كما لو اشترى قريبه فنوى بشراؤه

أهل العلم على أن الصائمة متتابعة إذا حاضت قبل إتمامه تقضي إذا طهرت وتبني وذلك لأن الحيض لا يمكن التحرز منه في الشهرين إلا بتأخيره إلى الإياس وفيه تغريب بالصوم لأنها بما ماتت قبله والناس كالحيض في أنه لا يقطع التتابع في أحد الوجهين لأنه بمنزلة أحكامه ولأن الفطر لا يحصل فيها بفعلها وإنما ذلك الزمان كزمان الليل في حقها (والوجه الثاني) أن النفس يقطع التتابع لأنه فطر أمكن التحرز منه لا يتكرر كل عام يقطع التتابع كالفطر الغير عذر ولا يصح قياسه على الحيض ، لأنه أندر منه ويمكن التحرز عنه وإن أفطر لمرض مخوف لم ينقطع التتابع أيضاً ، روي ذلك عن ابن عباس وبه قال ابن المسيب والحسن وعطاء والشعبي وطاوس ومجاهد ومالك وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وابن المنذر والشافعي في القديم ، وقال في الجديد ينقطع التتابع وهذا قول سعيد بن جبير والنخعي والحكم والثوري وأصحاب الرأي ، لأنه أفطر بفعله فلهذا الاستئناف كما لو أفطر لسفر

ولنا أنه أفطر لسبب لا صنع له فيه فلم يقطع التتابع كإفطار المرأة للحيض ، وما ذكره من الأصل ممنوع وإن كان المرض غير مخوف لكنه يبيح الفطر فقال أبو الخطاب فيه وجهان (أحدهما) لا يقطع

العنق عن الكفارة أو قال إن دخلت الدار فانت حر ثم نوى عند دخوله أنه عن كفارته (فصل) ولو قال رجل له أعتق عبدك عن كفارتك ولك عشرة دنانير ففعل لم يجزئه عن الكفارة لأن الرقبة لم تقم خالصة عن الكفارة ، وذكر القاضي أن العنق كله يقع عن باذل العوض وله ولاؤه وهذا فيه نظر فإن المعتق لم يعتقه عن باذل العوض ولا رضي باعتاقه عنه وبأذل العوض لم يطالب بذلك ، والصحيح أن اعتاقه عن المعتق والولاء له فإن رد العشرة على باذلهما يكون العنق عن الكفارة لم يجز عنها لأن العنق إذا وقع على صفة لم ينتقل عنها وإن قصد العنق عن الكفارة وحدها وعزم على رد العشرة أورد العشرة قبل العنق وأعتقه عن كفارته أجزأه .

(مسألة) (ولا أم ولده في الصحيح عنه)

هذا ظاهر المذهب وبه قال الأوزاعي ومالك والشافعي وأبو عبيد وأصحاب الرأي وعن أحمد رواية أخرى أنها تجزي . يروي ذلك عن الحسن وطاوس والنخعي وعنه أن النبي يقول الله تعالى (فتحرير رقبة) ومعتقها قد حررها

ولنا أن عتقها مستحق بسبب آخر فلم تجز عنه كما لو اشترى قريبه أو عبداً بشرط . العنق فاعتقه وكما لو قال لعمدة أنت حر إن دخلت الدار ونوى عتقه عن كفارته عند دخوله والآية مخصوصة بما ذكرنا فتيسر عليه ما اختلفنا فيه ورلد أم الولد الذي ولدته بعد كونها أم ولد حكمه حكمها فيما ذكرناه لأن حكمه حكمها في العنق بموت سيدها

(مسألة) (ولا يجزي . مكان قد أدى من كتابته شيئاً في اختيار شيوينا وعنه يجزي . وعنه

لا يجزي . مكان بحال)

التتابع لانه مرض أباح الفطر أشبه الخوف (والثاني) ينقطع التتابع لانه أفطر اختياراً فانقطع التتابع كما لو أفطر لغير عذر ، فأما الحامل والمرضع فإن أفطرتا خوفاً على أنفسهما ففيهما كالمريض ، وإن أفطرتا خوفاً على ولديهما ففيهما وجهان (أحدهما) لا ينقطع التتابع اختاره أبو الخطاب لانه فطر أبيح لهما بسبب لا يتعلق باختيارهما فلم ينقطع التتابع كما لو أفطرتا خوفاً على أنفسهما (والثاني) ينقطع لان الخوف على غيرهما ولذلك يلزمهما الفدية مع القضاء ، وإن أفطر لجنون أو إغماء لم ينقطع التتابع لانه عذر لا صنع له فيه فهو كالحيض

(فصل) وإن أفطر لسفر مبيح للفطر فكلام أحد يحتمل الأمرين وأظهرهما أنه لا يقطع التتابع فانه قال في رواية الأثرم : كان السفر غير المرض وما ينبغي أن يكون أوكد من رمضان ، وظاهر هذا انه لا يقطع التتابع وهذا قول الحسن ، ويحتمل أن ينقطع به التتابع وهو قول مالك وأصحاب الرأي ، واختلف أصحاب الشافعي فمنهم من قال فيه قولان كالراض ومنهم من يقول ينقطع التتابع وجهاً واحداً لان السفر يحصل باختياره فقطع التتابع كما لو أفطر لغير عذر

ووجه الأول انه فطر لعذر مبيح للفطر فلم ينقطع به التتابع كما فطر المرأة بالحيض ، وفارق الفطر لغير عذر فانه لا يساح ، وإن أكل يظن أن الفجر لم يطلع وقد كان طلع أو أفطر يظن أن الشمس قد

روى عن أحمد رحمه الله في المكاتب ثلاث روايات :

(إحداهن) يجزىء مطلقاً اختاره أبو بكر وهو مذهب أبي ثور لان المكاتب عبد يجوز بيعه فأجزأ عنه كالمدر ولانه رقبة فيدخل في عموم مطلق قوله سبحانه (فتحرير رقبة)
(والثانية) لا يجزىء مطلقاً وهو قول مالك والشافعي وأبو عبيد لان عنه مستحق بسبب آخر ولهذا لا يملك إبطال كتابته فأشبهه أم الولد

(والثالثة) إن كان أدى شيئاً من كتابته لم يجزئه ولا أجزاءه وبه قال الليث والاوزاعي وإسحاق وأصحاب الرأي قال القاضي هو الصحيح لانه إذا أدى شيئاً فقد حصل العوض عن بعضه فلم يجز كما لو اعتق بعض رقبة وإذا لم يؤد فقد اعتق رقبة كاملة مؤمنة سالمة الخلق تامة الملك لم يحصل عن شيء منها عوض فأجزأ عنها كالمدر ولو اعتق عبداً عن مال يأخذه من العبد لم يجز عن كفارته في قولهم جميعاً .

(فصل) ولا يجزىء اعتناق الجنين في قول أكثر أهل العلم ، وبه يقول أبو حنيفة والشافعي وقال أبو ثور يجزىء لانه آدمي مملوك يصح اعتناقه فصح عن الرقبة كالوالد ولنا أنه لم يثبت له أحكام الدنيا بعد فانه لا يملك الأبالارث والوصية ولا يشترط لهما كونه آدمياً لكونه يثبت له ذلك وهو نطفة أو علقة وليس بآدمي في تلك الحال

(فصل) فإن اعتق غيره عنه عبداً بغير إذنه لم يقع عن المعتق عنه إذا كان حياً وولاًؤه المعتق ولا

غابت ولم تغب أفطار، ويتخرج في إقطاع التتابع وجهان (أحدهما) لا ينقطع لانه فطر لعذر (والثاني) يقطع التتابع لانه بفعل أخطأ فيه فأشبهه ما لو ظن انه قد أتم الشهرين فبان خلافه، وان أفطر ناسياً لوجوب التتابع أو جاهلاً به أو ظناً منه أنه قد أتم الشهرين انتظم التتابع لانه أفطر لجهله فقطع التتابع كما لو ظن أن الواجب شهر واحد، وان أكره على الأكل أو الشرب بأن أوجر الطعام أو الشراب لم يفطر وان أكل خوفاً فقال القاضي لا يفطر ولم يذكر غير ذلك وفيه وجه آخر انه يفطر، فعلى ذلك هل يقطع التتابع؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يقطعه لانه عذر مبيح للفطر فأشبهه المرض (والثاني) ينقطع التتابع وهو مذهب الشافعي لانه أفطر بفعله لعذر نادر

(فصل) وان أفطر في أثناء الشهرين لغير عذر أو قطع التتابع بصوم نذر أو قضاء أو تطوع أو كفارة أخرى لزمه استئناف الشهرين لانه أدخل بالتتابع المشروط ويقم صومه عما نواه لان هذا الزمان ليس بمستحق متعين للكفارة ولهذا يجوز صومها في غيره بخلاف شهر رمضان فانه متعين لا يصلح لغيره، وإذا كان عليه صوم نذر غير معين أخره الى فراغه من الكفارة وان كان متعيناً في وقت بعينه أخر الكفارة عنه أو قدمها عليه ان أمكن، واز كان أياماً من كل شهر كيوم الخميس أو أيام البيض قدم الكفارة

يجزى من كفارته وان نوى ذلك وهذا قال أبو حنيفة والشافعي وحكى عن مالك أنه يجزى. اذا أعتق عن واجب على غيره بغير اذنه لانه قضى عنه واجبا نصح كما لو قضى عنه ديناً ولما انة عبادة من شرطها النية فلم يصح أدائها عن وجب عليه بغير أمره مع كونه من أهل الامر كالحج ولانه أحد خصال الكفارة فلم يصح عن المكفر بغير أمره كالصيام، وهكذا الخلاف فيمن كفر عنه بالإطعام، فاما الصيام فلا يجوز ان ينوب عنه ذنب ولا بغير اذنه لانه عبادة بدنية فلا تدخلها النيابة فأما إن أعتق عنه بأمره نظرت فان جعل له عوضاً صح العتق عن المعتق عنه وله ولاؤه وأجزأ عن كفارته بغير خلاف نعمناه وبه يقول أبو حنيفة والشافعي وغيرهما لانه حصل العتق عنه بماله فأشبهه ما لو اشتراه ووكل البائع في إعنتاقه عنه وإن لم يشترط عوضاً ففيه روايتان.

(أحدهما) يقع العتق عن المعتق عنه ويجزى عن كفارته وهو قول مالك والشافعي لانه أعتق عنه بأمره فصح كما لو شرط عوضاً.

(والاخرى) لا يجزى. والولاء للمعتق وهو قول أبي حنيفة لان العتق بعوض كالبيع وبغير عوض كالهبه ومن شرط الهبة القبض ولم يحصل فلم يقع عن الموهوب له، ويفارق البيع لانه لا يشترط فيه القبض، فان كان المعتق عنه ميتاً وكان قد وصى بالمعتق عنه صح لانه بأمره وان لم يوص فأعتق عنه أجنبى لم يصح لانه ليس بنائب عنه، وإن أعتق عنه وارثه فان لم يكن عليه واجب لم يصح العتق عنه ووقع عن المعتق، وإن كان عليه عتق واجب صح العتق عنه لانه نائب عنه في ماله وأداء واجباته فان كانت عليه كفارة يمين فأطعم عنه جاز، وإن أعتق عنه ففيه وجهان

عليه وقضاه بعدها لانه لو وفى بنذره لا تقطع التتابع ولزمه الاستئناف فيفضي إلى أن لا يتمكن من التكفير والنذر يمكن قضاؤه فيكون هذا عذراً في تأخيرها كالمريض

(مسئلة) قال (وان أصابها في ليالي الصوم أفسد ماضى من صيامه وابتدأ الشهرين)

وبهذا قال مالك والثوري وأبو عبيد وأصحاب الرأي لان الله تعالى قال (فصيام شهرين متتابعين من قبل ان يتأسا) فأمر بهما خاليتين عن وطء ولم يأت بهما على ما أمر فلم يجزئه كالأوطى نهاراً ولانه تحريم الوطء لا يختص النهار فاستوى فيه الليل والنهار كالاغتصاف ، وروى الاثر عن احمد ان التتابع لا ينقطع بهذا ويبنى وهو مذهب الشافعي وأبي ثور وابن المنذر لانه وطء لا يبطل الصوم فلا يوجب الاستئناف كوطء غيرها ، ولان التتابع في الصيام عبارة عن اتباع صوم يوم للذي قبله من غير فارق وهذا متحقق وان وطئ ليلاً ، وانكأب النهي في الوطء قبل اتمامه إذا لم يخل بالتتابع المشترط لا يمنع صحته وإجزائه كالأوطى قبل الشهرين أو وطئ ليلة أول الشهرين وأصبح صائماً والاتبان بالصيام قبل التماس في حق هذا لا سبيل اليه سواء بنى أو استأنف

وان وطئها أو وطئ غيرها في نهار الشهرين عامداً انظر وانقطع التتابع اجماعاً إذا كل غير

(أحدهما) ليس له ذلك لانه غير متعين فجرى مجرى التطوع (والثاني) يجزىء لان العتق يقع واجباً لان الوجوب يتعين فيه بالفعل فأشبهه المعين ولانه أحد خصال كفارة اليمين فجاز أن يفعله عنه كالاطعام والكسوة ، ولو قال من عليه الكفارة أطعم عن كفارتى أو أكس صح إذا فعل رواية واحدة سواء ضمن له عوضاً أو لا

(مسئلة) (ويجزىء الاعرج يسيراً)

لانه قليل الضرر بالعمل فان كان فاحشاً كثيراً لم يجز لانه يضر بالعمل فهو كقطع الرجل ويجزىء المجدع الاثف والاذن ، وفي مجدع الاذنين خلاف ذكرناه ، ويجزىء المحبوب والحصى ومن يخنق في الاحيان والاصم لان هذا لا يضر بالعمل ، ويجزىء الرثاء والكبرة التي تقدر على العمل لان ما لا يضر بالعمل لا يمنع تملك العبد منافعه وتكميل أحكامه فحصل الاجزاء به كالمسلم من العيوب .

(فصل) ويجزىء عتق الجاني وان قتل قصاصاً والمرهون وعتق المفلس عبده إذا قلنا بصحة عتقه

(فصل) ويجزىء الاعور في قولهم جميعاً ، وقال أبو بكر فيه قول آخر لا يجزىء لانه نقص يمنع التضحية والاجزاء في الهدى فأشبهه العمى ، والصحيح ما ذكرناه فان المقصود تملك العبد بالمنافع وتكميل الاحكام والعور لا يمنع ذلك ، ولانه لا يضر بالعمل أشبه قطع إحدى الاذنين ، ويفارق العمى فانه يضر بالعمل ضرراً يئناً ويمنع كثيراً من الصنائع ويذهب بمنفعة الجنس ، ويفارق قطع إحدى اليدين أو الرجلين فانه لا يعمل باحدهما ما يعمل بهما والاعور يدرك باحدى العينين ما يدرك بهما وأما الاضحية

معذور، وان وطئها أو وطئ غيرها نهاراً ناسياً أفطر وانقطع التتابع في إحدى الروايتين لان الوطء لا يعذر فيه بالنسيان، وعن أحمد رواية أخرى أنه لا يفطر ولا ينقطع التتابع وهو قول الشافعي وأبي ثور وابن المنذر لانه فعل المفطر ناسياً أشبه ما لو أكل ناسياً وان أبيح له الفطر اعذر فوطئ غيرها نهاراً لم ينقطع التتابع لان الوطء لا أثر له في قطع التتابع وان وطئها كان كوطئها ليلاً هل ينقطع التتابع؟ على وجهين، وان وطئ غيرها ليلاً لم ينقطع التتابع لان ذلك ليس بحرم عليه ولا هو مغل باتباع الصوم الصوم فلم ينقطع التتابع كالاكل ليلاً، وليس في هذا اختلاف نعلمه، وان لمس المظاهر منها أو باشرها دون الفرج على وجه يفطر به قطع التتابع لاختلاله بمؤالة الصيام والا فلا ينقطع والله أعلم

﴿مسئلة﴾ قال (فان لم يستطع فاطمأ ستمين مسكينا)

أجمع أهل العلم على أن المظاهر إذا لم يجد الرقبة ولم ينقطع الصيام أن فرضه إطعام ستمين مسكينا على ما أمر الله تعالى في كتابه وجاء في سنة نبيه ﷺ سواء عجز عن الصيام لكبر أو مرض يخاف بالصوم تباطؤه أو الزيادة فيه أو الشق فلا يصبر فيه عن الجماع فان أوس بن الصامت

والهدي فانه لا يمنع منها مجرد العور وانما يمنع انخساف العين لانها عضو مستطاب ولان الاضحية يمنع فيها قطع الاذن والقرن والعنق لا يمنع فيه إلا ما يضر بالعمل

﴿مسئلة﴾ (ويجزى عتق المدبر)

وهذا قول طاوس والشافعي وأبي ثور وابن المنذر، وقال مالك والاوزاعي وأبو عبيد وأصحاب الرأي: لا يجزى لان عتقه مستحق بسبب آخر فأشبه أم الولد ولان بيعه عندهم غير جائز فهو كأم الولد ولنا قوله تعالى (فتحرير رقبة) وقد حرر رقبة ولانه عبد كامل المنفعة لم يحصل عن شيء منه عوض فجاز عتقه كالقن ولانه يجوز بيعه لان النبي ﷺ باع مدبراً، وقد ذكرنا ذلك، ولان التدبير اما أن يكون وصية أو عتقاً بصفة وأيها كان فلا يمنع التكفير باعتاقه قبل وجود الصفة والصفة ههنا الموت ولم توجد، ويجزى المعلق عتقه بصفة قبل وجودها لان ملكه فيه تام ويجوز بيعه

﴿مسئلة﴾ (ويجوز عتق ولد الزنا)

وهذا قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن فضالة بن عبيد وأبي هريرة وبه قال ابن المسيب والحسن وطاوس والشافعي واسحاق وأبو عبيد وابن المنذر وروي عن عطاء والشعبي والنخعي والاوزاعي وحامد انه لا يجزى لان أبا هريرة رضي الله عنه روى عن النبي ﷺ أنه قال «ولد الزنا شر الثلاثة» قال أبو هريرة ولأن امتع بسوط في سبيل الله أحب إلي منه رواه أبو داود ولنا دخوله في مطلق قوله (فتحرير رقبة) ولانه مملوك مسلم كامل العمل لم يعتق عن شيء ولا استحق عتقه بسبب آخر فاجزأ عتقه كولد الرشدة، فأما الاحاديث الواردة في ذمه فاختلف

لما أمره رسول الله ﷺ بالصيام قالت امرأته يا رسول الله انه شيخ كبير ما به من صيام، قال « فليطعم ستين مسكينا » ، ولما أمر سلمة بن صخر بالصيام قال « وهل أصبت الذي أصبت إلا من الصيام ؟ » قال « فاطم » فنقله إلى الاطعام لما أخبره أن به من الشبق والشهوة ما يمنعه من الصيام وقسنا على هذين ما يشبههما في معنهما ، ويجوز أن ينتقل إلى الاطعام إذا عجز عن الصيام المرض وإن كان مرجو الزوال لدخوله في قوله سبحانه وتعالى (فمن لم يستطع فاطعم ستين مسكينا) ولأنه لا يعلم أن له نهاية فأشبهه الشبق ولا يجوز أن ينتقل لأجل السفر لأن السفر لا يعجزه عن الصيام ، وله نهاية ينتهي إليها وهو من أفعاله الاختيارية ، والواجب في الاطعام اطعام ستين مسكينا لا يجرئه أقل من ذلك وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لو أطعم مسكينا واحداً في ستين يوماً أجراه ، وحكاه القاضي أبو الحسين رواية عن أحمد ، لأن هذا المسكين لم يتوف قوت يومه من هذه الكفارة ، فجاز أن يعطى منها كالיום الاول .

ولنا قول الله تعالى (فاطعم ستين مسكينا) وهذا لم يطعم إلا واحداً فلم يمثل الأمر ولأنه لم يطعم ستين مسكينا ، فلم يحزته كما لو دفعها إليه في يوم واحد ولأنه لو جاز الدفع إليه في أيام لجاز في يوم

أهل العلم في تفسيرها فقال الطحاوي ولد الزنا هو الملازم للزنا كما يقال ابن السبيل الملازم لها وولد الليل الذي لا يهاب السير فيه . وقال الخطابي عن بعض أهل العلم قال هو الثلاثة أصلاً وعنصراً ونسباً لأنه خلق من ماء الزنا وهو خبيث وأنكر قوم هذا التفسير وقالوا ليس عليه من وزر والديه شيء . قال الله تعالى (ولا تزر وازرة وزر أخرى) وقد جاء في بعض الأحاديث « هو شر الثلاثة إذا عمل عمالهم » فإن صح ذلك اندفع الاشكال . وفي الجملة هذا يرجع إلى أحكام الآخرة أما أحكام الدنيا فهو كفره في صحة مامته وبيعته وعنته وقبول شهادته فكذلك في اجزاء عنته عن الكفارة لأنه من أحكام الدنيا ﴿ مسألة ﴾ (ويجزي الصغير)

وقال الحرقي لا يجزي حتى يصلي ويصوم . قال القاضي لا يجوز اعتاق من له دون سبع سنين لأنه لا تصح منه العبادات في ظاهر كلام أحمد ، ظاهر كلام الحرقي أن المعتبر العقل دون السن فمن صلى وصام ممن له عقل يعرف الصلاة والصيام ويتحقق من الايمان به بنيته واركبانه فإنه يجزي في الكفارة وإن لم يبلغ السبع ، وإن لم يوجد منه لم يجز في الكفارة وإن كان كبيراً وقال أبو بكر وغيره من أصحابنا يجوز اعتاق الطفل في الكفارة وهو قول الحسن وعطاء والزهري والشافعي وابن المنذر لأن المراد بالايمان ههنا الاسلام بدليل اعتناق الفاسق قال الثوري المسلمون مؤمنون كاملهم عندنا في الاحكام وما ندرى ما هم عند الله وبهذا تعلق حكم القتل بكل مسلم بقوله تعالى (ومن قتل مؤمناً خطأ) والصبي محكوم باسلامه يرثه المسلمون ويرثهم ويدفن في مقابر المسلمين ويفسّل ويصلي عليه وإن سبي

واحد كالزكاة وصدقة الفطر يحقق هذا ، ان الله تعالى أمر بهدد المساكين لا بهدد الايام ، وقائل هذا يعتبر عدد الايام دون عدد المساكين والمعنى في اليوم الاول أنه لم يستوف حقه من هذه الكفارة وفي اليوم الثاني قد استوفى حقه منها وأخذ منها قوت يوم فلم يحز أن يدفع اليه في اليوم الثاني كولو أوصى انسان بشي . لستين مسكينا .

﴿ مسألة ﴾ قال (لكل مسكين مد من بر أو نصف صاع من تمر أو شعير)

وجهة الامر أن قدر الطعام في الكفارات كلها مد من بر لكل مسكين أو نصف صاع من تمر أو شعير ، ومن قال مد بر زيد بن ثابت وابن عباس وابن عمر ، حكاه عنهم الامام أحمد ورواه عنهم الاثرم وعن عطاء . وسليمان بن موسى وقال سليمان بن يسار أدركت الناس اذا أعطوا في كفارة اليمين مداً من حنطة بالمد الاصغر مد النبي ﷺ ، وقال أبو هريرة يطعم مداً من أي الانواع كان وبهذا قال عطاء . والاوزاعي والشافعي لما روى أبو داود بإسناده عن عطاء عن أوس بن أخي عباد بن الصامت

منفرداً عن أبيه اجزأ عنه عتقه لانه محكوم باسلامه وكذلك ان سبي مع أحد أبويه ولو كان لإحد أبوي الطفل كافراً والآ خر مسلماً اجزأ اعتاقه لانه محكوم باسلامه قال القاضي في موضع يحزى . اعتاق الصغير في جميع الكفارات إلا كفارة القتل فانها على روايتين وقال ابراهيم النخعي ما كان في القرآن من رقبة مؤمنة فلا يجزى إلا من صام وصلى وما كان في القرآن رقبة ليست بمؤمنة فالصبي يجزى . ونحو هذا قول الحسن ووجه قول الخري ان الواجب رقبة مؤمنة والايمان قول وعمل فما لم يحصل الصلاة والصيام لا يحصل العمل قال مجاهد وعطاء في قوله (فتحرير رقبة مؤمنة) قد صلت ونحو هذا قول الحسن وابراهيم وقال مكحول إذا ولد الموالود فهو نسمة فاذا انقلب ظهراً لبطن فهو رقبة فاذا صلى فهو مؤمنة ولان الطفل لا يصح منه عبادة لانه لانية له فلم يجز في الكفارة كالجنون ولان الصبي نقص يستحق به النفقة على القرابة فأشبه الزمانة قال شيخنا والقول الآخر أقرب الى الصواب والصحة ان شاء الله لان الايمان الاسلام وهو حاصل في حق الصبي الصغير ويدل على هذا ان معاوية بن الحكم السلمي أتى النبي ﷺ بجارية أعجمية فقال يا رسول الله ان علي رقبة مؤمنة فقال رسول الله ﷺ « أين الله ؟ » فأشارت برأسها إلى السماء قال « من أنا ؟ » فأشارت الى رسول الله وإلى السماء أي أنت رسول الله قال « أعتقها فانها مؤمنة » فخكم لها بالايمان بهذا القول

﴿ مسألة ﴾ (ولو ملك نصف عبد فاعتقه عن كفارته ثم اشترى باقيه فاعتقه اجزأه)

لانه اعتق رقبة كاملة في وقتين فاجزأ كما لو أطعم المساكين في وقتين الاعلى رواية وجوب الاستسعاء والصحيح في المذهب خلافها

أن النبي ﷺ أعطاه يعني المظاهر خمسة عشر صاعاً من شعير أطعم ستين مسكيناً ، وروى الأثرم بإسناده عن أبي هريرة في حديث المجمع في رمضان أن النبي ﷺ أتى بهرق فيه خمسة عشر صاعاً فقال خذه وتصدق به وإذا ثبت في المجمع بالخبر ثبت في المظاهر بالقياس عليه ولأنه أطعم واجب فلم يختلف باختلاف أنواع المخرج كالنطرة وفدية الأذى ، وقال مالك لكل مسكين مدان من جميع الأنواع ومن قال مدان من قمح مجاهد وعكرمة والشعير والنخعي لأنها كفارة تشمل على صيام وأطعم فكان لكل مسكين نصف صاع كفدية الأذى ، وقال الثوري وأصحاب الرأي من القمح مدان ومن التمر والشعير صاع لكل مسكين لقول النبي ﷺ في حديث سلمة بن صخر « فاطم وسقا من تمر » رواه الإمام أحمد في المسند وأبو داود وغيرهما وروى الحلال بإسناده عن يوسف بن عبد الله بن سلام عن خويلة فقال لي رسول الله ﷺ « فليطعم ستين مسكيناً وسقا من تمر » وفي رواية أبي داود والعرق ستون صاعاً وروى ابن ماجه بإسناده عن ابن عباس قال كفر رسول الله ﷺ بصاع من تمر وأمر الناس « فمن لم يجد فنصف صاع من بر » وروى الأثرم بإسناده عن عمر رضي الله عنه قال أطعم عني صاعاً من تمر أو شعير أو نصف صاع من بر ولأنه أطعم المساكين فكان صاعاً من التمر والشعير أو نصف صاع من بر كصدقة القطر

﴿ مسألة ﴾ (فان أعنته عن كفارته وهو موثر فسرى إلى نصيب شريكه عتق)

ولم يجزئه عن كفارته في قول أبي بكر الحلال وصاحبه وحكاه عن أحمد وهو قول أبي حنيفة لأن عتق نصيب شريكه لم يحصل باعتاقه إنما حصل بالسراية وهو غير فعله وإنما هي من آثار فعله فأشبهه ما لو اشترى من يعتق عليه ينوي به الكفارة يحقق هذا أنه لم يباشر بالاعتاق إلا نصيب فسرى إلى غيره ولو خص نصيب غيره بالاعتاق لم يعتق منه شيء ولأنه إنما يملك اعتاق نصيبه لا نصيب غيره ، وقال القاضى قل غيرهما من أصحابنا يجرئه إذا نوى إعتاق جميعه عن كفارته وهو مذهب الشافعي لأنه أعنت عبداً كامل الرق سايه الحلق غير مستحق العتق ناوياً به الكفارة فأجزأه كما لو كان الجميع ماله كله والاول أصح إن شاء الله تعالى ولا نسلم أنه أعنت العبد كله وإنما أعنت نصفه وعتق الباقي عليه فأشبهه شراد قريبه ولأن إعتاق باقيه مستحق بالسراية فهو كالقريب فعلى هذا هل يجزئه عتق نصفه الذي هو نصيبه ويعتق نصفاً آخر وتكمل الكفارة ؟ ينبغي على ما إذا أعنت نصفين عبيدين ، وسند كذاك فاما إن نوى عتق نصيبه عن الكفارة ولم ينو ذلك في نصيب شريكه لم يجزئه في نصيب شريكه ، وفي نصيب نفسه ما سذكركه إن شاء الله تعالى

(فصل) فان كان العبد كله له فأعتق جزءاً منه معيناً أو مشاعاً عتق جميعه فان نوى به الكفارة أجزأ عنه لأن اعتاقه بعض العبد اعتاق لجميعه وان نوى اعتاق الجزء الذي باشره بالاعتاق عن الكفارة دون غيره وهل يحنسب له بما نوى به الكفارة ؟ على وجهين

ولنا ما روى الامام أحمد ثنا اماعيل ثنا أيوب عن أبي يزيد المدني قال جاءت امرأة من بني
 بياضة بنصف وسق شعير ، فقال النبي ﷺ المظاهر « أطمع هذا فان مدي شعير مكان مدبر » ،
 وهذا نص ويدل على أنه مدبر أنه قول زيد وابن عباس وابن عمر وأبي هريرة ولم نعرف لهم في الصحابة
 مخالفا فكان اجماعا وعلى أنه نصف صاع من التمر والشعير ما روى عطاء بن يسار أن رسول الله
 ﷺ قال لحوله امرأة أوس بن الصامت « اذهبي الى فلان الانصاري فان عنده شطر وسق من
 تمر اخبرني أنه يريد أن يتصدق به فأتأخذه فليصدق به على ستين مسكينا » وفي حديث أرس بن
 الصامت أن النبي ﷺ قال « اني سأعينه بهرق من تمر » قلت يا رسول الله فاني سأعينه بهرق آخر
 قال « قد احسنت اذهبي فاطعمي بها عنه ستين مسكينا وارجمي الى ابن عمك » وروى أبو داود باسناده
 عن أبي سلمة بن عبد الرحمن أنه قال العرق زنبيل يأخذ خمسة عشر صاعا فعرقان يكونان ثلاثين صاعا
 لكل مسكين نصف صاع ولأنها كفارة شتمت على صيام واطعام فكان لكل مسكين نصف صاع من
 التمر والشعير كفدية الاذى تأما رواية أبي داود أن العرق ستون صاعا فقد ضعفها وقال غيرها أصح منها
 وفي الحديث ما يدل على الضعف لان ذلك في سياق قوله « اني سأعينه بهرق ففالت امرأته اني سأعينه بهرق آخر

(مسئلة) ولو أعتق نصفي عبدين أو نصفي أمتين أو نصف عبد ونصف أمة أجزأ عنه)
 ذكره الخرقى قال الشريف أبو جعفر هذا قول أكثرهم ، وقال أبو بكر بن جعفر لا يجزى لان
 المقصود من العتق تكيل الاحكام ولا يحصل من اعتاق نصفين ، واختلف أصحاب الشافعي على ثلاثة
 أوجه (أحدها) كقول الخرقى ، (والثاني) كقول أبي بكر ، (والثالث) ان كان نصف الرقيق حراً أجزأ
 لانا يحصل تكيل الاحكام ، وان كان رقيقاً لم يجز لانه لا يحصل ، ووجه الاول أن الاشخاص كالأشخاص
 فيما لا يمنع منه العيب اليسير وبديل الزكاة فاذا كان له نصف ثمانين شاة مشاعا وجبت الزكاة كما لو
 ملك أربعين منفردة وكلها دابا والضمما اذا اشتركوا فيها قال شيخنا والاولى أنه لا يجزى ، اعتاق
 نصفين اذا لم يكن الباقي منهما حراً لان اطلاق الرقبة انما ينصرف الى اعتاق الكلمة ولا يحصل من
 الشخصين ما يحصل من الرقبة الكاملة في تكيل الاحكام وتخصيص الآدمي من ضرر الرق ونقصه
 فلا يثبت به من الاحكام ما يثبت باعتاق رقبة كاملة ، ويمتنع قياس الشخصين على الرقبة الكاملة ولهذا
 لو أمر انسانا بشراء رقبة أو بيعها أو باهداء حيوان أو بالصدقة به لم يكن له أن يشقصه كذا ههنا
 (فصل) فمن لم يجد فعليه صيام شهرين متتابعين اذا قدر على الصيام وهذا اجماع من أهل العلم
 لقول الله تعالى (فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يماس) والحديث أوس بن الصامت
 وسلمة بن صخر حراً كان أو عبداً ويستوي في ذلك الحر والعبد عند أهل العلم لانهم فيه خلافاً ،
 وأجمعوا على وجوب التتابع لانه شرط في الصيام وقد تناوله نص القرآن والسنة ومعنى التتابع المراتلة
 بين صيام أيامها فلا يفطر فيها ولا يصوم عن غير الكفارة ولا تجب نية التتابع ويكفي فعله لانه شرط

قال « فاطمي بها عنه ستين مسكينا » فلو كان العرق ستين صاعا لكانت الكفارة مائة وعشرين صاعا ولا قائل به .

وأما حديث المجامع الذي أعطاه خمسة عشر صاعا فقال تصدق به فيحتمل أنه اقتصر عليه إذا لم يجد سواء ولذلك لما أخبره بحاجته إليه أمره بأكله . وفي الحديث المتفق عليه قريب من عشرين صاعا وليس ذلك مذهبا لا حمد فيدل على أنه اقتصر على البعض الذي لم يجد سواه وحديث أوس بن أخي عبادة مرسل برويه عنه عطاء ولم يدركه على أنه حجة لنا لأن النبي ﷺ أعطاه عرقا وأعانه امرأته بآخر فصارا جميعا ثلاثين صاعا وسائر الاخبار تجمع بينها وبين أخبارنا بحملها على الجواز وأخبارنا على الاجزاء وقد عارض هذا ابن عباس راوي بعضها ومذهبه أن المدمن البر يجزى . وكذلك أبو هريرة وسائر ما ذكرنا من الاخبار مع الاجماع الذي نقله سليمان بن يسار والله أعلم

(فصل) وبقي الكلام في الاطعام في أمور ثلاث : كيفية ، وجنس الطعام ، ومستحبه . فأما كيفية فظاهر المذهب أن الواجب تملك كل انسان من المساكين القدر الواجب له من الكفارة ولو غدى المساكين أو عشاء لم يجزئه سواء فعل ذلك بالقدر الواجب أو أقل أو أكثر ولو غدى كل واحد

وشرائط العبادات لا تحتاج إلى نية ، وإنما تجب النية لانفعالها وهذا أحد الوجوه لأصحاب الشافعي ، والوجه الآخر أنها واجبة لكل ليلة لأن ضم العبادات إلى العبادات إذا كان شرطا وجبت النية فيه كالجمع بين الصلاتين ، وإنما لا تكفي نية التتابع في الآية الأولى

ولنا أنه تتابع واجب في العبادات فلم ينتقل إلى نية كالتتابع بين الركعات ، ويفارق الجمع بين الصلاتين فإنه رخصة فانقر إلى نية الترخص وما ذكره ينتقض بالتتابع بين الركعات
(مسئلة) (فإن تخلل صومها صوم شهر رمضان أو فطر واجب كغطر العيد أو الفطر لحيض أو نفاس لم ينقطع التتابع وبني على ماضى من صيامه)

وجملة ذلك أنه إذا تخلل صوم الظهار زمان لا يصح صومه فيه عن الكفارة مثل أن يبتدىء الصوم من أول شعبان فيتخلله رمضان ويوم الفطر أو يبتدىء من ذي الحجة فيتخلله يوم النحر وأيام التشريق فإن التتابع لا ينقطع بهذا وينبغي على ماضى من صيامه ، وقال الشافعي ينقطع التتابع ويلزمه الاستئناف لانه أنظر في أثناء الشهرين بما كان يمكنه التحرز منه فأشبه إذا أفطر لغير ذلك أو صام عن نذر أو كفارة أخرى

ولنا أنه زمن منه الشرع عن صومه في الكفارة فلم ينقطع التتابع كالحيض والنفاس فإن قالوا الحيض والنفاس غير ممكن التحرز منه قلنا قد يمكن التحرز من النفاس بأن لا يبتدىء الصوم في حال الحل ، ومن الحيض إذا كان طهرها يزيد على الشهرين بأن يبتدىء الصوم عقب طهرها من الحيضة ومع هذا لا ينقطع التتابع به ، ولا يجوز للمأموم مفارقة إمامه لغير عذر ويجوز أن يدخل معه المسبوق مع

بمد لم يجزئه إلا أن يملكه إياه وهذا مذهب الشافعي ، وعن أحمد رواية أخرى أنه يجزئه إذا أطعمهم
 القدر الواجب لهم وهو قول المنخعي وأبي حنيفة وأطعم أنس في فدية الصيام ، قال أحمد أطعم شيئاً
 كثيراً وصنع الجفان ، وذكر حديث حماد بن سلمة عن ثابت عن أنس وذلك لقول الله تعالى (فأطعام
 ستين مسكيناً) وهذا قد أطعمهم فينبغي أن يجزئه ولأنه أطعم المساكين فأجزأه كما لو ملكهم
 ولنا أن المنقول عن الصحابة أعطوهم ففي قول زيد وابن عباس وابن عمر وأبي هريرة مد لكل
 فقير ، وقال النبي ﷺ لكعب في فدية الأذى «أطعم ثلاثة أصع من تمر بين ستة مساكين» ولأنه مال
 وجب للفقراء شرعاً فوجب تملكهم إياه كالزكاة فإن قلنا يجزئ بشرط أن يغديهم بستين مداً فصاعداً
 ليكون قد أطعمهم قدر الواجب ، وإن قلنا لا يجزئه أن يغديهم فقدم إليهم ستين مداً وقال هذا بينكم
 بالسوية فقبلوه أجزأ لأنه ملكهم التصرف فيه والانتفاع قبل القسمة وهذا ظاهر مذهب الشافعي
 وقال أبو عبد الله بن حامد يجزئه وإن لم يقل بالسوية لأن قوله خذوها عن كفاري يقتضي التسوية
 لأن ذلك حكمها ، وقال القاضي إن علم أنه وصل إلى كل واحد قدر حقه أجزأ وإن لم يعلم لم يجزئه

علمه بلزوم مفارقتها قبل إتمامها ، ويتخرج في أيام التشريق رواية أخرى أنه يصومها عن الكفارة
 ولا يفطر إلا يوم النحر وحده فعلى هذا إن أفطرها استأنف لأنها أيام أمكنه صيامها في الكفارة
 ففطرها يقطع التتابع كغيرها إذا ثبت هذا فإنه إن ابتدأ الصوم من أول شعبان أجزأه صوم شعبان
 عن شهر ، وإن كان ناقصاً ، وأما شوال فلا يجوز أن يبتدأ من أوله لأن أوله يوم الفطر وصومه حرام
 فيشرع فيه من اليوم الثاني ويتم شهره بالعدد ثلاثين ، وإن بدأ من أول ذي الحجة إلى آخر المحرم
 قضى أربعة أيام وأجزأه لأنه بدأ من أولها ولو ابتدئ صوم الشهرين من يوم الفطر لم يصح صوم يوم
 الفطر ويصح صوم بقية الشهر وصوم ذي القعدة ويحتسب له بذئ القعدة ، وإن كان ناقصاً لأنه بدأه
 من أوله ، وأما شوال فإن كان تاماً صام يوماً من ذي الحجة وإن كان ناقصاً صام يومين لأنه لم يبدأ من
 أوله وإن بدأ بالصيام من أول أيام التشريق وقبلها يصح صومها عن الفرض فإنه يحتسب له بالمحرم ويكمل
 صوم ذي الحجة تمام ثلاثين يوماً من صفر ، وإن قلنا لا يصح عن الفرض صام مكانها من صفر
 (فصل) وإن أفطر لحيض أو نفاس فقد أجمع أهل العلم على أن الصائمة متتابعة إذا حاضت قبل
 انتمامه تقضي إذا طهرت وتبني وذلك لأن الحيض لا يمكن التحرز منه في الشهرين إلا بتأخيرهما إلى
 الياس وفيه تغريب بالصوم لأنها ربما ماتت قبله ، والنفاس كالحيض في أنه لا يقطع التتابع في أحد الوجهين
 لأنه بمنزلة في أحكامه ولأن الفطر لا يحصل فيهما بفعلهما وإنما ذلك الزمان كزمان الليل في حقها (والثاني)
 أن النفاس يقطع التتابع لأنه فطر أمكن التحرز منه لا يتكرر في العام فقطع التتابع كالفطر لغير عذر ولا
 يصح قياسه على الحيض لأنه أندر منه ويمكن التحرز منه

(مسألة) (فإن أفطر لمرض مخوف أو جنون لم يقطع التتابع)

لان الاصل شغل ذمته ما لم يعلم وصول الحق إلى مستحقه ووجه الاول أنه دفع الحق إلى مستحقه مشاعاً فقبلوه فبرئ منه كديون غرمائه

(فصل) ولا يجب التتابع في الاطعام نص عليه أحمد في رواية الاثرم ، وقيل له تكون عليه كفارة بين فيطعم اليوم واحداً وآخر بعد أيام وآخر بعد حتى يستكمل عشرة ؟ فلم ير بذلك بأساً وذلك لان الله تعالى لم يشترط التتابع فيه ، ولو رطب في أثناء الاطعام لم نلزمه اعادة ما مضى منه ، وبه قال ابو حنيفة والشافعي وقال مالك يستأنف لانه وطئ في أثناء كفارة الظهار فوجب الاستئناف كالصيام ولنا أنه وطئ في أثناء ما لا يشترط التتابع فيه فلم يوجب الاستئناف كوطئ غير المظاهر منها أو كالوطئ في كفارة اليمين وبهذا فارق الصيام

«مسئلة» قال (ولو أعطى مسكيناً مدين من كفارتين في يوم واحد أجزأ في إحدى الروايتين)

وهذا مذهب الشافعي لانه دفع القدر الواجب الى العدد الواجب فاجزأ كما لو دفع اليه المدين في

روى ذلك عن ابن عباس ، وبه قال سعيد بن المسيب والحسن وعطاء والشعبي وطاوس ومجاهد ومالك وإسحاق وابو عبيد وابو ثور وابن المنذر والشافعي في القديم ، وقال في الجديد ينقطع التتابع وهو قول سعيد بن جبير والحكم والشرطي وأصحاب الرأي لانه أفطر بفعله فلزمه الاستئناف كما لو أفطر لسفر

ولنا أنه أفطر بسبب لاصنع له فيه فلم ينقطع التتابع كإفطار المرأة للحيض وما ذكره من الاصل ممنوع وان أفطر لجنون أو غماء لم ينقطع التتابع لأنه لاصنع له فيه فهو كالحيض

«مسئلة» (وكذلك فطر الحامل والمرضع لحرفها على أنفسهما) لانهما كالمرض

«مسئلة» (فان خافنا على وليهما فأفطرتا ففیه وجهان)

(أحدهما) لا ينقطع التتابع اختاره أبو الخطاب لانه فطر أبيح لهما بسبب لا يتعلق باختيارهما فلم ينقطع التتابع كما لو أفطرتا خوفاً على أنفسهما (وإثاني) ينقطع لأنه لأجل الخوف على غيرهما ، ولذلك يلزمهما الفدية مع القضاء

«مسئلة» (وان أفطر لغير عذر أو صام تطوعاً أو قضاءً أو نذرًا أو عن كفارة أخرى لزمه الاستئناف)

لانه أخل بالتتابع المشروط ويقع صومه عما نواه لان هذا الزمان ليس بمستحق معين للكفارة ولهذا يجوز صومها في غيره بخلاف شهر رمضان فانه متعين لا يصاح لغيره وإذا كان عليه نذر صوم غير معين أخره إلى فراغه من الكفارة وان كان متعينا أخر الكفارة عنه أو قدمها عليه ان أمكن وان كان أياماً من كل شهر كيوم الخميس وأيام البيض قدم الكفارة عليه وقضاه بعدها لانه لو وفى بنذره

يومين (والآخرى) لا يجزئه وهو قول أبي حنيفة لانه استوفى قوت يوم من كفارة فلم يجزئه الدفع اليه ثانيا في يومه كما لو دفعهما اليه من كفارة واحدة فعلى هذه الرواية يجزئه عن إحدى الكفارتين وهل له الرجوع في الاخرى؟ ينظر فاذا كان أعلمه أنها عن كفارة فله الرجوع والا فلا ويتخرج أن لا يرجع بشيء على ما ذكرناه في الزكاة والرواية الاولى أقبس وأصح فان اعتبار عدد المساكين أولى من اعتبار عدد الايام ولو دفع اليه ذلك في يومين أجزاء ، ولانه لو كان الدافع اثنين أجزاء منها فكذلك اذا كان الدافع واحداً ولو دفع ستين مداً الى اثنين فقيراً من كفارة واحدة أجزاء من ذلك ثلاثون وبطعم ثلاثين آخرين ، وإن دفع الستين من كفارتين أجزاء ذلك على إحدى الروايتين ولا يجزى في الاخرى الا عن ثلاثين

(الامر الثاني) أن المجزى في الاطعام ما يجزى في الفطرة وهو البز والشعير والتمر والزبيب سواء كانت قوته أو لم تكن وما عداها فقال القاضي لا يجزى اخراجه سواء كان قوت بلده أو لم يكن لان الخبر ورد باخراج هذه الاصناف على ما جاء في الاحاديث التي رويناها ، ولانه الجنس المخرج في الفطرة

انقطع التابع ولزمه الاستئناف فيفرض إلا ان لا يتمكن من التكفير والنذر يمكن قضاؤه فيكون هذا عذراً في تأخير كالمريض

(مسألة) (وان افطر لعذر يبيح الفطر كالمسافر والمرض غير الخوف فعلى وجهين)

إذا افطر لمريض غير خوف يبيح الفطر ففيه وجهان ذكرهما أبو الخطاب (أحدهما) لا يقطع التابع لانه مرض أباح الفطر أشبه الخوف (والثاني) يقطع التابع لانه افطر اختياراً فانقطع التابع كما لو افطر لعذر فان السفر مبيح للفطر فكلام أحمد محتمل الامرين وظهرهما أنه لا يقطع التابع فانه قال في رواية الأثرم كان السفر غير المرض ولا ينبغي ان يكون أوكد من رمضان فظاهر هذا أنه لا يقطع التابع وهذا قول الحسن ويحتمل ان يقطع التابع وهو قول مالك وأصحاب الرأي واختلاف أصحاب الشافعي فمنهم من قال فيه قولان كالمريض ومنهم من يقول يقطع انتابع وجهاً واحداً لان السفر يحصل باختياره فقطم التابع كما لو افطر لعذر والصحيح الاول لانه افطر لعذر يبيح الفطر في رمضان فلم يقطع التابع كافتار المرأة للحيض وفارق الفطر لعذر فانه لا يباح فان أكل يظن ان الفجر لم يطام وقد كان طام أو افطر يظن ان الشمس قد غابت ولم تغب افطر ويتخرج في انقطاع التابع وجهان (أحدهما) لا يقطع لانه فطر لعذر (والثاني) يقطع التابع لانه بفعل اخطأ فيه فأشبهه ما لو ظن أنه قد أتم الشهرين انقطع التابع لانه افطر لجهله فقطم التابع كما لو ظن ان الواجب شهر واحد وان أكره على الاكل والشرب بان اوجز الطعام والشراب لم يفطر وان أكل خوفاً فقال القاضي لا يفطر وفيه وجه آخر أنه يفطر فعلى ذلك هل يقطع التابع ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يقطعه لانه عذر مبيح للفطر أشبه المرض (والثاني) يقطعه وهو مذهب الشافعي لانه افطر بفعله لعذر نادر والاول أولى

فلم يجزى، غيره كما لو لم يكن قوت بلده، وقال أبو الخطاب عندي أنه يجزئه الاخراج من جميع الحبر التي هي قوت بلده كالذرة والدخن والارز لان الله تعالى قال (من أوسط ما تطعمون أهليكم) وهذا مما يطعمه أهله فوجب أن يجزئه بظاهر النص وهذا مذهب الشافعي فان أخرج غير قوت بلده أجود منه فقد زاد خيراً، وإن كان أنقص لم يجزئه وهذا أجود

(فصل) والافضل عند أبي عبد الله إخراج الحب لانه يخرج به من الخلاف وهي حالة كمله لانه يدخر فيها وينهباً لمنافعه كلها بخلاف غيره فان أخرج دقيقاً جاز لكن يزيد على قدر المد قدرأ يبلغ المد حباً أو يخرج به بالوزن لان للحب ريعاً فيكون في مكبال الحب أكثر مما في مكبال الدقيق قال الأثرم قيل لأبي عبد الله فيعطي البر والدقيق؟ فقال أما الذي جاء فالبر ولكن ان أعطاهم الدقيق بالوزن جاز، وقال الشافعي: لا يجزى لانه ليس بحال الكمال لاجل ما يفوت به من وجوه الانتفاع فلم يجز كالمريسة

ولنا قول الله تعالى (فكفارتهم إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم) والدقيق من أوسط ما يطعمه أهله ولان الدقيق أجزاء الحطة وقد كفاهم مؤنته رطحنه وهياه وقربه من الاكل

(فصل) ويجوز ان يتبدى صوم الشهرين من أول شهر ومن اثني عشر بغير خلاف نعلمه لان الشهر اسم لما بين الهالين والثلاثين يوماً فايها صام فقد أدى الواجب فان بدأ من أول شهر فصام شهرين بالاهلة اجزأه ذلك وان كانا ناقصين إجماعاً وبه قال الزوري وأهل العراق ومالك في أهل الحجاز والشافعي وأبو ثور وأبو عبيد وغيرهم لان الله تعالى قال (فصيام شهرين متتابعين) وهذا شهران متتابعان وان بدء من أثناء شهر فصام ستين يوماً اجزأه بغير خلاف أيضاً. قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على هذا فأما ان صام شهراً بالهلال وشهراً بالاعد فصام خمسة عشر يوماً من المحرم وصفر جميعه وخمسة عشر من ربيع فانه يجزئه سواء كان صفر تاماً أو ناقصاً لان الاصل اعتبار الشهور بالاهلة لكن تركناه في الشهر الذي بدأ من وسطه لتعذره ففي الشهر الذي أمكن اعتباره وجب ان يعتبر وهذا مذهب الشافعي وأصحاب الرأي ويتوجه ان لا يجزئه الا شهران بالعدد لانا لما ضمنا إلى الخمسة عشر من المحرم خمسة عشر من صفر فصار ذلك شهراً صار ابتداء صوم الشهر اثني عشر من أثناء شهر أيضاً وهذا قول الزهري

(فصل) فان نوى شهر رمضان عن الكفارة لم يجزئه عن رمضان ولا عن الكفارة وانقطع التتابع حاضراً كان أو مسافراً لانه تحال صوم الكفارة فطر غير مشروع وقال مجاهد وطاوس يجزئه عنهما وقال أبو حنيفة ان كان حاضراً اجزأه عن رمضان دون الكفارة لان تعيين النية غير مشروط لرمضان وان كان في سفر اجزأه عن الكفارة دون رمضان وقال صاحباء تجزى عن الكفارة دون رمضان حضراً أو سفراً

وفارق الهريسة فانها تلتف على قرب ولا يمكن الانتفاع بها في غير الاكل في تلك الحال بخلاف مسئلتنا وعن أحمد في إخراج الخبز روايتان (إحداهما) يجزيء اختارها الحرق ونص عليه أحمد في رواية الأثرم فانه قال قلت لأبي عبد الله رجل أخذ ثلاثة عشر رطلا وثلاثاً دقيقاً وهو كفارة اليمين فخبزه للمساكين وقسم الخبز على عشرة مساكين أيجزئه ذلك؟ قال ذلك أعجب الي وهو الذي جاء فيه الحديث أن يطعمهم مدبر وهذا ان فعل فأرجو أن يجزئه قلت انما قال الله (فاطعم عشرة مساكين) فهذا قد اطعم عشرة مساكين وأوفاهم المدبر قال أرجو أن يجزئه وهذا قول بعض اصحاب الشافعي ، ونقل الأثرم في موضع آخر ان أحمد سأل رجل عن الكفارة قال أطعمهم خبزاً وتمراً قال ليس فيه تمر قال فخبز؟ قال لا ولكن برأ او دقيقاً بالوزن رطل وثلاث لكل مسكين ، فظاهر هذا انه لا يجزئه وهو مذهب الشافعي لانه خرج عن حالة الكمال والادخار فأشبهه الهريسة ، والاول احسن لان الله تعالى قال (فاطعم عشرة مساكين من اوسط ما تطعمون أهليكم) وهذا من اوسط ما يطعم الله وليس الادخار مقصوداً في الكفارة فانها مقدرة بما يقوت المسكين في يومه فيبدل ذلك على أن المقصود كفايته في يومه وهذا قد هيأه للاكل المعتاد للافتيات وكفاهم مؤنته فأشبهه ما او تقى الحنطة وغسلها وأما الهريسة والكبولا ونحوهما فلا يجزيء لانهما خرجا عن الافتيات المعتاد الى خبز الادم ، وأما الدقيق فالصحيح انه لا يجزيء ، لذلك ، ويحتمل أن يجزيء لانه يقتات في بعض البلدان ولا يجزئه من الخبز والسويق اقل من شيء يعمل من مد فان اخذ مد حنطه أو رطلا وثلاثاً من الدقيق وصنعه خبزاً اجزأه ، وقال الحرقى بجزئه رطلان

وانما ان رمضان متعين لصومه محرم صومه عن غيره فلم يجزئه عن غيره كيومي العيدين ولا يجزيء عن رمضان لان النبي ﷺ قال « الاعمال بالنيات وانما لامريء ما نوى » وهذا ما نوى رمضان فلا يجزئه ، ولا فرق بين الحضر والسفر لان الزمان متعين وانما جاز فطره في السفر رخصة فاذا تكلف وصام وجع إلى الاصل فان سافر في رمضان المتدخل لصوم الكفارة وافطر لم ينقطع التتابع لانه زمن لا يستحق صومه عن الكفارة فلم ينقطع التتابع بفطره كالليل

﴿ مسألة ﴾ (وان أصاب المظاهر منها ليلاً أو نهراً انقطع التتابع)

وهذا قال مالك والثوري وأبو عبيد وأصحاب الرأي لان الله تعالى قال (فصيام شهرين متتابعين من قبل ان يتأسا) فامر بهما خاليتين عن وطء ولم يأت بهما على ما أمر فلم يجزئه كمالووطي ، نهراً ذاكرة لانه تحريم الوطء لا يختص النهار فاستوى فيه الليل والنهار كالاغتصاف وكاف وروي عن أحمد ان التتابع لا ينقطع بالوطء ليلاً وهو مذهب الشافعي وأبي ثور وابن المنذر لانه وطء لا يفسد الصوم فلا يوجب الاستئناف كوطء غيرها ، ولان التتابع في الصيام شارة عن اتباع صوم يوم للذي قبله من غير فارق وهذا متحقق وان وطيء ليلاً وار تكاب المنهي في الوطء قبل اتمامه إذا لم يخل بالتتابع المشروط لا يمنع صحته واجزأه كما لو وطيء قبل الشهرين أو لو وطيء ليلة اول الشهرين وأصبح صائماً والايتان بالصيام قبل الثمانين لاسبيل اليه سواء بنى أو استأنف وان وطئها أو وطيء غيرها في نهار الشهرين عامداً افطر وانقطع التتابع

قال القاضي : المدعي منه رطلان وذلك لان الغالب ان رطلين من الخبز لا يكون الا من مد وذلك بالرطل الدمشقي خمس اواقي وأقل من خمس اوقية وهذا في البر ، فأما ان كان المخرج من الشعير فلا يجزئه الا ضعف ذلك على ما قررناه

(فصل) ولا تجزيه القيمة في الكفارة نقلها الميموني والأثرم وهو مذهب الشافعي وخرج بعض اصحابنا من كلام احمد رواية اخرى انه يجزئه وهو ما روى الأثرم أن رجلا سأل احمد قال أعطيت في كفارة خمسة دوانيق فقال : لو استثمرتني قبل ان تعطي لم اثمر عليك ولكن اعطى على ما بقي من الاثمان على ما قلت لك وسكت عن الذي اعطى ، وهذا ليس برواية وانما سكت عن الذي اعطى لانه مختلف فيه فلم ير التضييق عليه فيه

(الامر الثالث) ان مستحق الكفارة هم المساكين الذين يعطون من الزكاة لقول الله تعالى (فاطم مسكين مسكينا) والفقراء يدخلون فيهم لان فيهم المسكنة وزيادة ولا خلاف في هذا ، فأما الاغنياء فلا حق لهم في الكفارة سواء كانوا من اصناف الزكاة كالغزاة والمؤلفة او لم يكونوا لان الله تعالى خص بها المساكين ، واختلف اصحابنا في المكاتب فقال القاضي في المجرى وأبو الخطاب في الهداية : لا يجوز دفعها اليه وهو مذهب الشافعي ، وقال الشريف ابو جعفر وأبو الخطاب في مسائلهم : يجوز الدفع اليه وهو مذهب ابي حنيفة وأبي ثور لانه يأخذ من الزكاة لحاجته فأعجبه المسكين

اجبأ إذا كان غير معذور وان وطئها أو وطئ غيرها نهارا ناسيا افطروا انقطع التتابع في إحدى الروايتين لان الوطء لا يعذر فيه بالنسيان وعن أحمد رواية أخرى لا يفطروا لا ينقطع التتابع وهو قول الشافعي وأبي ثور وابن المنذر لانه فعل المفطر ناسيا أشبه ما لو أكل ناسيا ولو أيدح له الفطر لعذر فوطئ غيرها نهارا لم ينقطع التتابع لان الوطء لا أثر له في قطع التتابع وان كان وطئها كان كوطئها ليلا هل يقطع التتابع على وجهين

﴿مسئلة﴾ (وإن وطئ غيرها ليلا لم ينقطع التتابع)

لان ذلك غير محرم عليه ولا هو يخل باتباع الصوم فلم يقطع التتابع كالاكل وليس في هذا اختلاف نعلمه فان ليس المظاهر منها أو باشرها دون الفرج على وجه يفطر به قطع التتابع لا خلا له بموالة الصيام وإلا لم ينقطع والله أعلم

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (فان لم يستطع لزمه اطعام ستين مسكينا مساما حرا صغيرا كان أو كبيرا إذا أكل الطعام) أجمع أهل العلم على ان المظاهر إذا لم يجد الرقبة ولم يستطع الصيام ان فرضه اطعام ستين مسكينا على ما أمر الله تعالى في كتابه وجاء في سنة نبيه صلوات الله وسلامته عليه سواء عجز عن الصيام لكبر أو مرض يخاف بالصوم تباطؤه والزيادة فيه أو الشبق فلا يصبر فيه عن الجماع فان اوس بن الصامت لما أمره رسول الله صلوات الله وسلامته عليه بالصوم قالت امرأته يا رسول الله انه شيخ كبير ما به من صيام قال « فليطعم ستين مسكينا » ولما أمر سلمة بن صخر بالصيام قال وهل أصبت ما أصبت الا من الصيام ؟ قال « فاطعم » فقوله الى الاطعام لما أخبره ان به من الشبق والشهوة ما يمنعه من الصيام وقسنا على هذين ما يشبههما في معناها ويجوز ان ينتقل الى الاطعام إذا عجز عن الصيام للمرض وان كان مرجو الزوال لدخوله في قوله تعالى (فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا) ولا نه لا يعلم ان له نهاية فأشبهه الشبق ، ولا يجوز ان ينتقل لاجل السفر

ووجه الاول أن الله تعالى خص بها المساكين، والمكاتبون صنف آخر فلم يجز الدفع اليهم كالغزاة والمؤلفة ولأن الكفارة قدرت بقوت إم كل مسكين وصرفت إلى من يحتاج اليها للاقتيات، والمكاتب لا يأخذ لذلك فلا يكون في معنى المسكين، ويفارق زكاة. فان لا غنيا يأخذون منها وهم الغزاة والعاملون عليها والمؤلفة والغارمون، ولأنه غني بكسبه أو بسيدته فأشبهه العامل، ولا خلاف بينهم في أنه لا يجوز دفعها إلى عبد لأن نفقته واجبة على سيده وليس هو من أصناف الزكاة، ولا إلى أم ولد لأنها أمة نفقتها على سيدها وكسبها له، ولا إلى من تلزمه نفقته وقد ذكرنا ذلك في الزكاة، وفي دفعها إلى الزوج وجهان بناء على دفع الزكاة إليه

ولا يجوز دفعها إلى كافر وبهذا قال الشافعي وخرج أبو الخطاب وحرآفي إعطائهم بناء على الرواية في إعتاقهم وهو قول أبي ثور وأصحاب الرأي لأن الله تعالى قال (فاطمات عشرة مساكين) وأطلق فيدخلون في الإطلاق وإنما أنه كافر فلم يجز الدفع إليه كمساكين أهل الحرب وقد سلمه أصحاب الرأي والآية مخصوصة بأهل الحرب فقيس عليهم سائر الكفار، ويجوز صرفها إلى الصغير والكبير إن كان ممن يأكل الطعام وإذا أراد صرفه إلى الصغير فإنه يدفعه إلى وليه يتبض له فان الصغير لا يصح منه القبض، فأما من لا يأكل الطعام فظاهر كلام الحنفي أنه لا يجوز الدفع إليه لأنه لا يأكله فيكون بمنزلة دفع القيمة. وقال أبو الخطاب يجوز. لأنه مسكين يدفع إليه من الزكاة فأشبهه الكبير، وإذا قلنا يجوز الدفع إلى المكاتب جاز للسيد الدفع من كفارته إلى مكاتبه لأنه يجوز أن يدفع إليه من زكاته

(نصل) ويجوز دفع الكفارة إلى من ظاهره الفقر فان كان غنيا فهل تجزئه؟ فيه وجهان بناء على الروايتين في الزكاة، وإن كان كافراً أو عبداً لم تجزئه وجهاً واحداً

لأن السفر لا يعجز عن الصيام وله نهاية ينتهي إليها وهو من أفعاله الاختيارية والواجب إعطائهم مسكيناً لا يجزئه أقل من ذلك وقال أبو حنيفة لو أطعم مسكيناً واحداً في ستين يوماً جزأه وسند كذا أن شاء الله تعالى (فصل) يشترط في المساكين ثلاثة شروط طهارة الإسلام والحرية وأن يكون قد أكل الطعام، والمساكين هم الذين تدفع إليهم الزكاة لحاجتهم المذكورة في أبواب الزكاة ويدخل في ذلك الفقراء لأنهم وإن كانوا في الزكاة صنفين فهم في غيرها صنف واحد لكونهم يأخذون لحاجتهم إلى ما يكفيهم أو ماتم به كفائهم (أحدها) أسلامهم فلا يجوز دفعها إلى كافر ذمياً كان أو حريباً وبذلك قال الحسن والنخعي والأوزاعي ومالك والشافعي وإسحاق وأبو عبيد، وقال أبو ثور وأصحاب الرأي يجوز دفعها إلى الذمي لدخوله في اسم المساكين فيدخل في عموم الآية ولأنه مسكين من أهل دار الإسلام فجزأ الدفع إليه من الكفارة كالمسلم وروي نحوه عن الشعبي وخرجه أبو الخطاب وجهاً في المذهب بناء على جواز اعتاقه في الكفارة وقال الثوري يعطيهم إذا لم يجد غيرهم ولما نهم كفار لم يجز إعطائهم كمساكين أهل الحرب والآية مخصوصة بهذا فتيس عليه.

(الثاني) أن يكونوا أحراراً فلا يجوز دفعها إلى عبد ولا مكاتب ولا أم ولد ولا خلاف في أنه لا يجوز دفعها إلى عبد لأن نفقته واجبة على سيده، ولا إلى أم ولد لذلك وبهذا قال مالك والشافعي واختار الشريفة أوجه جواز دفعها إلى مكاتبه وغيره وقال أبو الخطاب يخرج دفعها إليه بناء على جواز اعتاقه لأنه يأخذ من الزكاة حاجته فأشبهه المسكين

﴿مسئلة﴾ قل (ومن ابتدأ صوم الظهار من أول شعبان أفطر يوم الفطر وبني وكذلك ان ابتدأ من أول ذي الحجة أفطر يوم النحر وأيام التشريق وبني على ماضى من صيامه) وجملة ذلك أنه إذا تخلل صوم الظهار زمان لا يصح صومه عن الكفارة مثل أن يبتدىء الصوم من أول شعبان فيتمخلة رمضان وبوم الفطر أو يبتدىء من ذى الحجة فيتمخلة يوم النحر وأيام التشريق فإن التتابع لا ينقطع بهذا وبني على ماضى من صيامه ، وقال الشافعي ينقطع التتابع ويلزمه الاستئناف لأنه أفطر في أثناء الشهرين بما كان يمكنه التحرز منه فأشبهه إذا أفطر بغير ذلك أو صام عن نذراً أو كفارة أخرى . ولنا أن من منه الشرع عن صومه في الكفارة فلم ينقطع التتابع كالحيض والنفاس ، فإن قال والحيض والنفاس غير ممكن التحرز منه قلنا قد يمكن التحرز من النفاس بأن لا يبتدىء الصوم في حال الحمل ومن الحيض إذا كان طهرها يزيد على الشهرين بأن يبتدىء الصوم عقب طهرها من الحيضة ومع هذا فإنه لا ينقطع التتابع به ولا يجوز للمأموم مفارقة امامه لغير عذر ويجوز أن يدخل معه المسبوق في أثناء الصلاة مع علمه بلزوم مفارقتها قبل انقائها ، ويتخرج في أيام التشريق رواية أخرى أنه يصومها عن الكفارة ولا يفطر إلا يوم النحر وحده ، فعلى هذا أن أفطرها استأنف لانها أيام أمكنه صيامها في الكفارة ففطرها ينقطع التتابع كغيرها إذا ثبت هذا فإنه إن ابتدأ الصوم من أول شعبان أجزاء صوم شعبان عن شهر ناقصاً كان أو تاماً . وأما شوال فلا يجوز أن يبدأ به من أوله لأن أوله يوم الفطر وصومه حرام فيشرع في صومه من اليوم الثاني ويتمم شهره بالعدد ثلاثين يوماً ، وإن بدأ من أول ذي الحجة إلى آخر المحرم قضى أربعة أيام وأجزأه لأنه بدأ بالشهرين من أولهما ، ولو ابتدأ صوم الشهرين من يوم الفطر لم يصح صوم يوم الفطر

ولنا أن الله تعالى عده صنفاً في الزكاة غير صنف المساكين ولا هو في معنى المساكين لأن حاجته من غير جنس حاجتهم فيدل على أنه ليس بمسكين والكفارة إنما هي للمساكين بدليل الآية ولأن المسكين يدفع إليه لتتم كفايته والمساكين إنما يأخذونك رقبته ، وأما كفايته فإنها حاصلة بكسبه وماله فإن لم يكن له كسب ولا مال عجزه سيده ورجع إليه فاستغنى بانفاقه عليه ، ويفارق الزكاة فإنها تصرف إلى الغني والكفارة بخلافها

(الثالث) أن يكونوا أكلوا الطعام فإن كان طفلاً لم يأكل الطعام لم يدفع إليه في ظاهر كلام الخرق وهو قول القاضي وهو ظاهر قول مالك فإنه قال يجوز الدفع إلى الفطيم وهذا إحدى الروايتين عن أحمد والثانية يجوز دفعها إلى الصغير الذي لم يطعم وبقبض له ولديه وهذا الذي ذكره أبو الخطاب المذهب وهو مذهب الشافعي وأصحاب الرأي قال أبو الخطاب وهو قول أكثر الفقهاء لأنه حر مسلم محتاج فأشبهه الكبير ولأن أكله للكفارة ليس بشرط وهذا يصرف الكفارة إلى ما يحتاج إليه مما تم به كفايته فأشبهه الكبير ولنا قوله تعالى (فاطعموا عشرة مساكين) وهذا يقتضي أكلهم له فإذا لم يعتبر حقيقة أكلهم وجب اعتبار إمكانه ومظنته ولا تحقق مظنته فيمن لا يأكل ولأنه لو كان المقصود دفع حاجته لحاز دفع النية

وصح صوم بقية الشهر وصوم ذي القعدة ويحتسب له بندي القعدة ناقصا كان أو تاما لانه بدأه من أوله وأما شوال فإن كان تاما صام يوما من ذي الحجة مكن يوم الفطر وأجزأه ، وإن كان ناقصا صام من ذي الحجة يومين لانه لم يبدأه من أوله ، وإن بدأ بالصيام من أول أيام التشريق وقتلنا بصومها عن الفرض فإنه يحتسب له بالمحرم ويكمل صوم ذي الحجة تمام ثلاثين يوما من صفر ، وإن قلنا لا يصح صومها عن الفرض صام مكانها من صفر

(فصل) ويجوز أن يتدي صوم الشهرين من أول شهر ومن اثنيائه لانه لم في هذا خلافا لان الشهر اسم لما بين الهلايين ولثلاثين يوما فأيهما صام فقد أدى الواجب ، فإن بدأ من أول شهر فصام شهرين بالاهلة أجزأه ذلك تأمين كانا أو ناقصين اجماعا وهذا قال الثوري وأهل العراق ومالك في أهل الحجاز والشافعي وأبو ثور وأبو عبيد وغيرهم لان الله تعالى قال (فصيام شهرين متتابعين) وهذا ان لم يتعين الاطعام وهذا يفسد ما ذكره فاذا اجتمعت هذه الاوصاف في واحد جاز الدفع اليه كبراً كان أو صغيراً محجوراً عليه أو غير محجور عليه الا ان من لا حجر عليه يقبض لنفسه أو يقبض له وكيله والمحجور عليه كالصغير والمجنون يقبض له وليه .

(مسئلة) (ولا يجوز دفعها الى الكافر) وقد ذكرناه ، ولا إلى من تلزمه مؤنته وقد ذكرنا ذلك في الزكاة وفي دفعها الى الزوج وجهان بناء على دفع الزكاة اليه
(مسئلة) ويجوز دفع الكفارة الى من ظاهره الفقر فان بان غنيا فهل يجزئه؟ فيه وجهان بناء على الروايتين في الزكاة وان بان كافرا أو عبدا لم يجزئه وجهان واحدا
(مسئلة) (وان ردها على مسكين واحد ستين يوما لم يجزئه الا أن لا يجد غيره فيجزئه في ظاهر المذهب وعنه لا يجزئه وعنه يجزئه وان وجد غيره)

وجملة ذلك أن الواجب في كفارة الظهار اطعام ستين مسكينا للآية لا يجزئه أقل من ذلك وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يجزئه أن يطعم مسكينا واحدا في ستين يوما ، وروي ذلك عن أحمد حكاه القاضي أبو الحسين لان هذا المسكين لم يستوف الا قوت يومه من هذه الكفارة فجاز أن يعطي منها كاليوم الاول ، وعن أحمد رواية ثالثة ان وجدهم لم يجزئه لانه أمكنه امتثال الامر بصورته ومعناه وان لم يجد غيره أجزأه لتعذر المساكين

ووجه الاولى قول الله تعالى (فاطعام ستين مسكينا) وهذا لم يطعم الا واحدا فلم يمثل الامر لانه لم يطعم ستين مسكينا فلم يجزئه كما لو دفعها اليه في يوم واحد ولانه لو جاز الدفع اليه في أيام لحاز الدفع اليه في يوم واحد كالزكاة وصداقة الفطر ، يحقق هذا أن الله تعالى أمر بعدد المساكين لا بعدد الايام وقائل هذا يعتبر عدد الايام دون عدد المساكين ، والمفني في اليوم الاول أنه لم يستوف حقه من هذه الكفارة وفي اليوم الثاني قد استوفى حقه وأخذ منها قوت يوم فلم يجز أن يدفع اليه في اليوم الثاني كما لو أوصى انسان بشيء لستين مسكينا

شهران متتابعان ، وان بدأ من اثنا عشر فصام ستين يوما اجزأه بغير خلاف أيضا . قال ابن المنذر أجمع على هذا من تحفظ عنه من أهل العلم ، فأما ان صام شهراً بالهلال وشهراً بالعدد فصام خمسة عشر يوما من المحرم وصفر جميعه وخمسة عشر يوما من ربيع فإنه يجزئه سواء كان صفر تاماً او ناقصاً لان الأصل اعتبار الشهر بالاهلة لكن تركناه في الشهر الذي بدأ من وسطه لتعذره في الشهر الذي أمكن اعتباره يجب أن يعتبر وهذا مذهب الشافعي وأصحاب الرأي ويتوجه أن يقال لا يجزئه الا شهران بالعدد لاثنا

﴿مسئلة﴾ (وان دفع الى مسكين واحد في يوم من كفارتين اجزأه)

وهذا مذهب الشافعي وهو اختيار الخري لان دفع القرر الواجب الى العدد الواجب فأجزأ كما لو دفع اليه المدين في يومين وفيه رواية أخرى أنه لا يجزئه وهو قول أبي حنيفة لانه استوفى قوت يوم من كفارة فلم يجز الدفع اليه ثانيا كما لو دفعها اليه من كفارة واحدة ، فعلى هذه الرواية يجزئه عن احدى الكفارتين وهل له الرجوع في الاخرى؟ ينظر فان كان اعلمه أنها عن كفارتين فله الرجوع والا فلا ويتخرج أن لا يرجع بشيء على ما ذكرنا في الزكاة ، والرواية الاولى أقيس وأصح فان اعتبار عدد المساكين أولى من اعتبار عدد الايام ولو دفع اليه ذلك في يوم اجزأه ولانه لو كان الدافع اثنين اجزأ عنها فكذلك اذا كان الدافع واحدا ولو دفع ستين مدا الى ثلاثين مسكينا من كفارة واحدة اجزأه من ذلك ثلاثون ويطعم ثلاثين آخرين فان دفع الستين من كفارتين خرج على الروايتين في المسئلة قبلها وهي اذا أطعم مسكينا واحدا مدين من كفارتين في يوم واحد .

﴿مسئلة﴾ (والخرج في الكفارة ما يجزى في الفطرة وهو البر والشعير والتمر والزبيب سواء كان قوت بلده أو لم يكن) وما عداها فقال القاضي : لا يجزى اخراجه سواء كان قوت بلده أو لم يكن لان الخبر ورد باخراج هذه الاوصاف على ما جاء في الاحاديث التي نذكرها ولانه الجنس المخرج في الفطرة فلم يجز غيره كما لو لم يكن قوت بلده

﴿مسئلة﴾ (فان كان قوت بلده غير ذلك كالذرة والدخن والارز لم يجز اخراجه على قول القاضي وقال أبو الخطاب عندي أنه يجزئه الاخراج من جميع الحبوب التي هي قوت بلده لان الله تعالى قال (من أوسط ما تطعمون أهليكم) وهذا مما يطعمه أهله فوجب أن يجزئه بظاهر النص وهذا مذهب الشافعي فان أخرج عن قوت بلده أجود منه فقد زاد خيرا

﴿مسئلة﴾ (واخراج الحب أفضل عند أبي عبد الله)

لانه يخرج به من الخلاف وهي حالة كما انه لانه يدخر فيها ويتهيأ لمنافعه كلها بخلاف غيره فان أخرج دقيقا جاز لكن يزيد على المد قدرا يبلغ المدا حبا أو يخرج به بالوزن لان الحب يروى فيكون في مكيال الحب أكثر مما يكون في مكيال الدقيق قل الاثرم قيل لابي عبد الله فيعطي البر والدقيق قال أما الذي جاء فالبر واكن ان أعطاهم الدقيق بالوزن جاز وقال الشافعي لا يجزى لانه ليس بمحال الكمال لاجل ما يقوت به من وجوه الانتفاع فأشبهه الهرسة

لما ضممنا الى الخمسة عشر من المحرم خمسة عشر من صفر فصار ذلك شهراً صار ابتداء صوم الشهر الثاني من أثناء شهر أيضاً وهذا قول الزهري

(فصل) فان نوى صوم شهر رمضان عن الكفارة لم يجزئه عن رمضان ولا عن الكفارة وانقطع التتابع حاضر آكل او مسافراً لانه تحال صوم الكفارة فطار غير مشروع ، وقال مجاهد رطاوس يجزئه عنها وقال ابو حنيفة ان كان حاضراً اجزأه عن رمضان دون الكفارة لان تعيين النية غير مشروط لرمضان وان كان في سفر اجزأه عن الكفارة دون رمضان ، وقال صاحباه يجزئ عن رمضان دون الكفارة سفرأ وحضراً وانما أن رمضان متعين لصومه محرم صومه عن غيره فلم يجزئه عن غيره كيومي العيدين ولا يجزئ عن رمضان لان النبي ﷺ قال « انما الاعمال بالنيات وانما لامرئ ما نوى » وهذا ما نوى رمضان فلا يجزئه ولا فرق بين الحضر والسفر ، لان الزمان متعين وانما جاز فطره في السفر رخصة فاذا تكلف وصام رجع الى الاصل فان سافر في رمضان المتخالف اصوم الكفارة وأفطر لم ينقطع التتابع لانه زمن لا يستحق صومه عن الكفارة فلم ينقطع التتابع بفطره كالليل

(مسألة) قال (واذا كان المظاهر عبداً لم يكفر الا بالصيام واذا صام فلا يجزئه الا شراً متتابعاً) قد ذكرنا ان ظهار العبد صحيح وكفارته بالصيام لان الله تعالى قال (فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين) ولنا قول الله تعالى فكفارته اطعام عشرة مساكين من اوسط ما تطعمون اهليكم والدقيق من اوسط ما يطعمه اهله ولان الدقيق اجزاء الخنطة وقد كفاهم مؤنته وطحنه وهياه وقربه من الاكل وفارق الهريسة فانها تفرد عن قرب ولا يمكن الاتفاع بها في غير الاكل في تلك الحال بخلاف مسيلتنا (مسألة) (وفي الخبز روايتان)

(احدهما) يجزئ اختارها الخرفي ونص عليه احمد في روايته الاثرم فانه قال قلت لابي عبد الله رجل أخذ ثلاثة عشر رطلاً وثلاثاً دقيقاً وهو كفارة البهين فخبزه للمساكين وقسم الخبز على عشرة مساكين أيجزئه ذلك ؟ قال ذلك أعجب الي والذي جاء فيه الحديث أن يطعمهم مدبر وهذا ان فعل فارجو أن يجزئه قلت انما قال الله (فاطعام عشرة مساكين) فهذا قد أطعمهم وأوفاهم المد قال أرجو أن يجزئ وهذا قول بعض أصحاب الشافعي ، ونقل الاثرم في موضع آخر ان احمد سأل رجلاً عن الكفارة قال أطعمهم خبزاً وتمراً قال ليس فيه تمر قال فخبز قال لا ولكن برا أو دقيقاً بالوزن رطل وثلاث لكل مسكين فظاهر هذا أنه لا يجزئه وهو مذهب الشافعي لانه خرج عن حالة الكمال والادخار فأشبهه الهريسة ، قال شيخنا والاول أحسن لان الله تعالى قال (فاطعام عشرة مساكين من اوسط ما تطعمون اهليكم) وهذا من اوسط ما يطعم اهله وليس الادخار مقصوداً في الكفارة فانها مقدرة بما يقوت المسكين في يومه فيدل ذلك على أن المقصود كفايته في يومه وهذا قد هياه الاكل المعتاد الاتقيات وكفاهم مؤنته فأشبهه بالونقي الخنطة وغسلها ، فأما الهريسة والكبولا ونحوهما فلا يجزئ لانها خبز جاعن الاتقيات المعتاد الى حين الادام ، وأما السويق فيحتمل الا يجزئ ، لذلك ويحتمل أن يجزئ لانه يقتات

متباينين) والعبد لا يستطيع الاعتاق فهو كالحر المعسر وأسوأ منه حالا وظاهر كلام الحرقى أنه لا يجوز له غير الصيام سواء أذن له سيده في التكفير بالعتيق أو لم يأذن وحكي هذا عن الحسن وأبي حنيفة والشافعي وعن أحمد رواية أخرى إن أذن له سيده في التكفير بالمال جاز وهو مذهب الاوزاعي وأبي ثور لأنه بأذن سيده يصير قادراً على التكفير بالمال فجاز له ذلك كالحر وعلى هذه الرواية يجوز له التكفير بالأطعام عند العجز عن الصيام وهل له العتيق؟ على روايتين (إحداهما) لا يجوز وحكي هذا عن مالك وقال أرجو أن يجوز له الأطعام وأنكر ذلك ابن القاسم صاحبه وقال لا يجوز له إلا الصيام وذلك لأن العتيق يقتضي الولاء والولاية والارث وليس ذلك للعبد

(والرواية الثانية) له العتيق وهو قول الاوزاعي واختارها أبو بكر لانت من صح تكفيره بالأطعام صح بالعتيق ولا يمنع صحة العتيق مع انتفاء الارث كما لو اعاق من يخالفه في دينه ولأن المقصود بالعتيق إسقاط الملكية عن العبد وتمليكك نفع نفسه وخلوصه من ضرر الرق وما يحصل من توابم ذلك ليس هو المقصود فلا يمنع من صحته ما يحصل منه المقصود لا يمنع بعض توابمه

ووجه الأولى أن العبد مال لا يملك المال فيقيم تكفيره بالمال بمال غيره فلم يجز له كما لو اعتق عبد غيره عن كفارته، وعلى كلتا الروايتين لا يلزمه التكفير بالمال وإن أذن له سيده فيه لأن فرضه الصيام فلم يلزمه غيره كما لو أذن مؤسس لحر معسر في التكفير من ماله وإن كان عاجزاً عن الصيام فأذن

في بعض البلدان ولأن السويق يجزى في الفطرة فكذلك ههنا

(مسئلة) (ولا يجزى من البر أقل من مد ولا من غيره أقل من مدين)

وجملة ذلك أن قدر الأطعام في الكفارات مد من بر لكل مسكين أو نصف صاع تمر أو شعير وعن قال مد بر زيد بن ثابت وابن عباس وابن عمر حكاه عنهم الامام أحمد ورواه عنهم الاثرم وعن عطاء وسليمان بن موسى وقال سليمان بن يسار أدر كت الناس إذا أعطوا في كفارة اليمين أعطوا مداً من حنطة بالمد الأصغر مد النبي صلى الله عليه وسلم وقال أبو هريرة يطعم مداً من أي الأنواع كان، وبه قال عطاء والاوزاعي والشافعي لما روى أبو داود بإسناده عن أوس بن أخي عبادة بن الصامت أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه يعني المظاهر خمسة عشر صاعاً من شعير أطعام ستين مسكيناً، وروى الاثرم بإسناده عن أبي هريرة في حديث الجامع أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى بهرق فيه خمسة عشر صاعاً فقال «خذوه وتصدق به» وإذا ثبت هذا في الجامع بالخبر ثبت في المظاهر قياساً عليه ولأنه أطعام واجب فلم يختلف باختلاف أنواع الخرج كالفطرة، وقال مالك لكل مسكين مدان من جميع الأنواع، ومن قال مدان من قمح مجاهد وعكرمة والشعبي والنخعي لأنها كفارة تشمل على صيام وأطعام فكان لكل مسكين نصف صاع كفدية الأذى، وقال الاثرم وأصحاب الرأي من القمح مدان ومن التمر والشعير صاع لكل مسكين لقول النبي ﷺ في حديث سلمة بن صخر «فاطعم وسقا من تمر» رواه الامام أحمد وأبو داود وغيرهما وروى الحلال بإسناده عن يوسف بن عبد الله بن سلام عن خويلد فقال لي رسول الله ﷺ «فاطعم ستين مسكيناً وسقاً»^(١) من تمر» وفي رواية أبي داود

(١) لعله عرقاً

له سيده في التكفير بما شاء من العتق والاطعام فان له التكفير بالاطعام لان من لا يلزمه الاعتاق مع قدرته على الصيام لا يلزمه مع عجزه عنه كالحرم المعسر ، ولان عليه ضرراً في التزام المنة الكبيرة في قبول الرقبة ولا يلزم مثل ذلك في الطعام لقلة المنة فيه ، وهذا فيما إذا أذن له سيده في التكفير قبل العود فان عاد وجبت الكفارة في ذمته ثم أذن له سيده في التكفير انبنى مع ذلك على أصل آخر وهو أن التكفير هل هو معتبر بحالة الوجوب أو بأغظ الاحوال؟ وسنذكر ذلك ان شاء الله تعالى ، وعلى كل حال فاذا صام لا يجزئه إلا شهران متتابعان لدخوله في عموم قوله تعالى (فصيام شهرين متتابعين) ولانه صوم في كفارة فاستوى فيه الحر والعبد ككفارة اليمين ، وبهذا قال الحسن والشعبي والنخعي والزهري والشافعي وإسحاق ولا نعلم لهم مخالفاً إلا ما روي عن عطاء انه لو صام شهراً أجزأه وقاله النخعي ثم رجع عنه إلى قول الجماعة (فصل) والاعتبار في الكفارة بحالة الوجوب في أظهر الروايتين وهو ظاهر كلام الحرقي لانه قال إذا حنث وهو عبد فلم يكفر حتى عتق فعليه الصوم لا يجزئه غيره وكذلك قال الاثرم سمعت أبا عبد الله يسئل عن عبد حلف على يمين فحنث فيها وهو عبد فلم يكفر حتى عتق أي كفر كفارة حر أو كفارة عبد ؟ قال يكفر كفارة عبد لانه إنما يكفر ما وجب عليه يوم حنث لا يوم حلف ، قالت له حاف وهو عبد وحنث وهو حر قل يوم حنث واحتج فقال اقترى وهو عبد أي ثم أتى فأما يجلد جلد العبد وهو أحد اقوال الشافعي ، فعلى هذه الرواية يعتبر يساره وإعساره حال وجوبها عليه فان كان موسراً حال الوجوب استقر وجوب الرقبة عليه فلم يقط بإعساره بعد ذلك ، وان كان معسراً ففرض الصوم فاذا أيسر بعد ذلك لم يلزمه الانتقال إلى الرقبة

والعرق ستون صاعاً ، وروى ابن ماجه بإسناده عن ابن عباس قال : كفر رسول الله ﷺ بصاع من تمر وأمر الناس « فن لم يجد فنصف صاع من بر » وروى الاثرم بإسناده عن عمر رضي الله عنه قال : أطعم عني صاعاً من تمر أو شعيراً أو نصف صاع من بر ولانه اطعام للمساكين فكان صاعاً من التمر والشعير أو نصف صاع من بر كصدقة الفطر

ولما ما روى الامام أحمد ثنا اسماعيل ثنا أيوب عن أبي يزيد المدني قال : جاءت امرأة من بني بياضة بنصف وسق شعير فقال النبي ﷺ له ظاهر « أطعم هذا فان مدي شعير مكان مدي بر » وهذا نص ولانه قول زيد وابن عباس وابن عمر وأبي هريرة ولم نعرف لهم في الصحابة مخالفاً فكان اجماعاً وعلى أنه نصف صاع من التمر والشعير ما روى عطاء بن يسار أن النبي ﷺ قال لحوية امرأة أوس ابن الصامت « اذهبي الى فلان الانصاري فان عنده شطر وسق من تمر أخبرني أنه يريد أن يتصدق به فلأأخذيه فليصدق به على ستين مسكيناً » وفي حديث أوس بن الصامت أن النبي ﷺ قال « اني سأعينه بعرق من تمر - قلت يا رسول الله فاني سأعينه بعرق آخر - قال أحسنت اذهبي فأطعمي » (المغني والشرح الكبير) (٧٨) (الجزء الثامن)

(والرواية الثانية) الاعتبار بأغلاظ الاحوال من حين الوجوب الى حين التكفير ففى وجد رقبة فيما بين الوجوب الى حين التكفير لم يجزئه الا الاعتاق وهذا قول ثان للشافعي لانه حق يجب في الذمة بوجود مال فاعتبر فيه أغلاظ الحالين كالحج ، ولا قول ثالث ان الاعتبار بحالة الاداء وهو قول أبي حنيفة ومالك لانه حق له بدل من غير جنسه فكل الاعتبار فيه بحالة الاداء كالوضوء

وانما أن الكفارة تجب على وجه الطهارة فكان الاعتبار فيها بحالة الوجوب كالحد أو نقول من وجب عليه الصيام في الكفارة لم يلزمه غيره كالعبد إذا اعتق ويفارق الوضوء فانه لو تيمم ثم وجد الماء بطل تيممه وهما لو صام ثم قدر على الرقبة لم يطل صومه وليس الاعتبار في الوضوء بحالة الاداء فان أداء فعله وليس الاعتبار به وانما الاعتبار بأداء الصلاة وهي غير الوضوء ، وأما الحج فهو عبادة العمر وجميعه وقت لها ففى قدر عليه في جزء من وقته وجب بخلاف مسئلتنا ثم يبطل ما ذكره بالعبد إذا اعتق فانه لا يلزمه الانتقال الى العتق مع ما ذكره ، فان قبل العبد لم يكن ممن تجب عليه الرقبة ولا تجزئه فلما لم تجزئه الزيادة لم تلزمه بتغير الحال بخلاف مسئلتنا قلنا هذا لا أثر له

إذا ثبت هذا فانه اذا أسير فأحب أن ينتقل الى الاعتاق جاز له في ظاهر كلام الحرق فانه قال ومن دخل في الصوم ثم قدر على الهدي لم يكن عليه الخروج الا أن يشاء . وهذا يدل على انه اذا شاء فله الانتقال اليه ويجزئه الا أن يكون الحائث عبدا فليس له الا الصوم وان متق ، وهو قول الشافعي على القول الذي توافقنا فيه وذلك لان العتق هو الاصل فوجب أن يجزئه كسائر الاصول ، فأما ان استمر به العجز حتى شرع في الصيام لم يلزمه الانتقال الى العتق بغير خلاف في المذهب وهو مذهب

بها عنه ستين مسكينا وارجمي الى ابن عمك » وروى أبو داود بإسناده عن أبي سلمة بن عبد الرحمن أنه قال العرق زنبيل يأخذ خمسة عشر صاعا فالعرقان ثلاثون صاعا لكل مسكين نصف صاع ولانها كفارة تشتمل على صيام واطعام فكان لكل مسكين نصف صاع من التمر والشعير كفدية الاذى ، وأما رواية أبي داود أن العرق ستون صاعا فقد ضعفها وقال غيرها أصح منها وفي الحديث ما يدل على الضعف لان ذلك في سياق قوله « اني سأعينه بعرق - فقالت امرأته اني سأعينه بعرق آخر - قال - فأطعمي بها عنه ستين مسكينا » فلو كان العرق ستين صاعا لكانت الكفارة مائة وعشرين صاعا ولا قائل به ، وأما حديث الجامع الذي أعطاه خمسة عشر صاعا فقال تصدق به فيحتمل أنه اقتصر عليه إذا لم يجد سواء ولذلك لما أخبره بحاجته اليه أمره بأكله وفي الحديث المتفق عليه قريب من عشرين صاعا وليس ذلك مذهبا لاحد فيدل على أنه اقتصر على البعض الذي لم يجد سواء وحديث أوس أخي عبادة مرسل يرويه عنه عطاء ولم يدركه على أنه حجة لنا لان النبي ﷺ أعطاه عرقا وأعاتته امرأته بعرق آخر فصارا جميعا ثلاثين صاعا كما فسر أبو سلمة بن عبد الرحمن وسائر الاحاديث يجمع بينها وبين اخبارنا بحملها على الجواز واخبارنا على الاجزاء ، وقد عضد هذان ابن

الشعبي وثقادة ومالك والاذاعي والليث والشافعي وأبي ثور وابن المنذر وهو أحد قولي الحسن ،
 وذهب ابن سيرين وعطاء والنخعي والحكم وحماة والثوري وأبو عبيد وأصحاب الرأي إلى أنه يلزمه
 العتق لأنه قدر على الأصل قبل أداء فرضه بالبدل فلزمه العود إليه كالتيمم بحمد الماء قبل الصلاة أو في أثناءها
 ولما أنه لم يقدر على العتق قبل تلبسه بالصيام فلم يسقط عنه كما أو استمر العجز إلى بعد الفراغ ولا
 يشبه الوضوء فإنه لو وجد الماء بعد التيمم بطل وهما بخلافه ولأنه رجع المبدل بعد الشروع في صوم البدل فلم
 يلزمه الانتقال إليه كالتيمم بحد الهدي بعد الشروع في صيام السبحة

(فصل) إذا قلنا الاعتبار بحالة الوجوب فوقته في الظهار زمن العود لا وقت المظاهرة لأن الكفارة
 لا تجب حتى يعود وقته في التيمم زمن الحنث لا وقت التيمم وفي القتل زمن الزهوق لا زمن الحرج وتقديم
 الكفارة قبل الوجوب تعجيل لها قبل وجوبها لوجود سببها كتعجيل الزكاة قبل الحول وبعد وجود النصاب
 (فصل) فإذا كان المظاهر ذمياً فتكفيره بالعتق أو الإطعام لأنه يصح منه في غير الكفارة فصح
 منه فيها ولا يجوز بالصيام لأنه عبادة محضة والكفر ليس من أهلها ولأنه لا يصح منه في غير الكفارة
 فلا يصح منه فيها ، ولا يجزئه في العتق إلا عتق رقبة مؤمنة فإن كانت في ملكه أو ورثها اجزأت عنه وإن
 لم يكن كذلك فلا سبيل له إلى شراء رقبة مؤمنة لأن الكافر لا يصح منه شراء المسلم ويتعين تكفيره
 بالإطعام لأن يقول لمسلم اعتق عبدك عن كفارتك وعني ثمنه فيصح في إحدى الروايتين ، وإن أسلم
 الذمي قبل التكفير بالإطعام فحكمه حكم العبد يعتق قبل التكفير بالصيام على ما مضى لأنه في معناه ،
 وإن ظاهراً وهو مسلم ثم ارتد فصام في رده عن كفارته لم يصح وإن كفر بهتق أو أطعم فند أطلق أحمد

عباس راوي بعضها ومذهبه أن المدمن البر يجزى وكذلك أبو هريرة وسائر ما ذكرنا من الأخبار
 مع الإجماع الذي نقله سليمان بن يسار

﴿مسألة﴾ (ولا يجزى من الخبز أقل من رطلين بالعراقي إلا أن يعلم أنه مد)

وجملة ذلك أنه إذا أعطى المسكين رطلين من الخبز بالعراقي أجزأ ذكره الحرق وذلك بالرطل الدمشقي
 الذي هو ستمائة درهم خمس أواق وسبع أوقية لأن ذلك لا يكون أقل من مد وقال القاضي المد يجرى
 منه رطلان لأن الغالب أن رطلين من الخبز لا يكون أقل من مد فأما أن علم أنه مد بحيث يأخذ
 مداً من حنطة فيطحنه ويخزبه أو رطلاً وثلاثاً من دقيق الحنطة فيصنعه خبزاً فيجزئه وهذا في البرقما
 أن كان من الشعير فلا يجزبه إلا نصف ما قدرنا أو يخبز نصف صاع شعير كما قلنا في البر ويخزبه فيجزئه
 ﴿مسألة﴾ (فإن أخرج القيمة أو غدى المساكين أو عشاها لم يجزئه ويحتمل أن يجزئه لا يجزى)

إخراج القيمة في الكفارة

نقلها الميموني والاثرم وهو مذهب مالك والشافعي وابن المنذر وهو الظاهر من قول عمر بن الخطاب
 وابن عباس وأجازة الاوزاعي وأصحاب الرأي لأن المقصود دفع حاجة المسكين وهو يحصل بذلك

القول انه لا يجرئه ، وقال القاضي المذهب ان ذلك موقوف فان أسلم تبينا انه أجزأه وان مات أو قتل تبينا انه لم يصح منه كسائر تصرفاته

﴿مسئلة﴾ قال (ومن وطئ قبل أن يأتي بالكفارة كان عاصيا وعليه الكفارة المذكورة)

قد ذكرنا أن المظاهر يحرم عليه وطء زوجته قبل التكفير لقول الله تعالى في العتق والصيام (من قبل أن يتأسا) ، فان وطئ عصى ربه لمخالفة أمره وتسقط الكفارة في ذمته فلا تسقط بعد ذلك بوط ولا طلاق ولا غيره وتحريم زوجته عليه باق بحاله حتى يكفر ، هذا قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن سعيد بن المسيب وعطاء وطاوس وجابر بن زيد ومورق العجلي وأبي مجاز والنخعي وعبد الله بن أذينة ومالك والثوري والاوزاعي والشافعي وإسحاق وأبي ثور ، وروى الحلال عن الصلت بن دينار قال : سألت عشرة من الفقهاء عن المظاهر يجامع قبل أن يكفر ، قالوا : ليس عليه إلا كفارة واحدة الحسن وابن سيرين وبكر الزني ومورق العجلي وعطاء وطاوس ومجاهد وعكرمة وقتادة وقال وكيع وأظن العاشر نافعاً ، وحكي عن عمرو بن العاص أن عليه كفارتين وروي ذلك عن قبيصة وسعيد بن جبير والزهرري وقتادة لان الوطء يوجب كفارة والمظاهر موجب الاخرى ، وقال أبو حنيفة لا تثبت الكفارة في ذمته وإنما هي شرط للإباحة بعد الوطء كما كانت قبله وحكي عن بعض الناس أن الكفارة تسقط لأنه فات وانها لكونها وجبت قبل المسيس ولنا حديث سلمة بن صخر حين ظاهر ثم وطئ قبل التكفير ، فأمره النبي ﷺ بكفارة واحدة ولأنه

وخرج بعض أصحابنا من كلام أحمد رواية أخرى أنه يجرئه وهو ما روى الأثرم أن رجلاً سأل أحمد قال أعطيت في كفارة خمس دوايق فقال لو استشرتني قبل أن تعطي لم أشر عليك وإن أعط ما بقي من الاثنان على ما قلت لك وسكت عن الذي أعطى وهذا ليس برواية وإنما سكت عن الذي أعطى لانه مختلف فيه فلم ير التضييق عليه فيه والمذهب الاول لظاهر قوله سبحانه (فأطعم مسكيناً) ومن أخرج القيمة لم يطعم وقد ذكرناه في الزكاة

﴿مسئلة﴾ (وان غدى المساكين أو عشام لم يجرئه وعنه يجرئه)

ظاهر المذهب في كيفية إطعام المساكين أن الواجب أن يملك كل انسان من المساكين القدر الواجب من الكفارة فلو غدى المساكين أو عشام لم يجرئه سواء كان ذلك بقدر الواجب أو أقل أو أكثر ، ولو غدى كل واحد غداً لم يجرئه إلا أن يملكه إياه وهذا مذهب الشافعي ، وعن أحمد رواية أخرى أنه يجرئه إذا أطعمهم القدر الواجب لهم وهو قول النخعي وأبي حنيفة وأطعمهم أنس في فدية الصيام قال أحمد أطعم شيئاً كثيراً وضع الجفان ، وذكر حديث حماد بن سلمة عن ثابت عن أنس وذلك لقول الله تعالى (فأطعم مسكيناً) وهذا قد أطعمهم فينبغي أن يجرئه ولأنه أطعم

وجد الظهار والعود فيدخل في عموم قوله (ثم يهودون لما قالوا فتحرير رقبة) وأما قولهم قالت رقتني فبطل بما ذكرناه وبالصلاة وسائر العبادات يجب قضاؤها بعد فوات عتقها

﴿ مسألة ﴾ قال (وإذا قالت المرأة لزوجها أنت علي كظهر أمي لم تكن مظهارة ولو لم تمتها كفارة الظهار لأنها قد أنت بالمنكر من القول والزور)

وجملة ذلك أن المرأة إذا قالت لزوجها أنت علي كظهر أمي أو قالت ان تزوجت فلانا فهو علي كظهر أمي فليس ذلك بظهار ، قال القاضي لا تكون مظهارة رواية واحدة ، وهذا قول أكثر أهل العلم منهم مالك والشافعي وأصحاب الرأي وقال الزهري والأوزاعي هو ظهار وروي ذلك عن الحسن والنخعي إلا أن النخعي قل إذا قالت ذلك بعد ما تزوج فليس بشيء ولهلم يحنجرن بأنها أحد الزوجين ظاهر من الآخر فكان مظاهراً كالرجل

ولما قول الله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم فخصم بذلك) ولأنه قول يوجب تحريماً في الزوجة يملك الزوج رفعه فاختص به الرجل كالطلاق ولأن الحل في المرأة حق للرجل فلم تملك المرأة إزالته كسائر حقوقه إذا ثبت هذا فاختلاف عن أحمد في الكفارة فنقل عنه جماعة عليها كفارة ظهار لما روى الأثرم بإسناده عن إبراهيم أن عائشة بنت طلحة قالت ان تزوجت مصعب بن الزبير فهو علي كظهر أبي فسأت أهل المدينة فراوا أن عليها الكفارة وروى علي بن مسهر عن الشيباني قال كنت جالسا في المسجد أنا وعبد الله بن مفلح المزني فجاء رجل حتى جالس البنا فسأته من أنت فقال أنا مولى لعائشة بنت طلحة التي أعققتني عن ظهارها خطبها مصعب بن الزبير فقالت هو علي كظهر أبي ان تزوجته

المساكين فأجزأه كما لو ملكهم ووجه الأولى أن المنقول عن الصحابة اعطاهم ففي قول زيد وابن عباس وابن عمر وأبي هريرة مد لك فقير ، وقال النبي ﷺ لكعب في فدية الذي « أطعم ثلاثة أصم من تمر بين سنة مساكين » ولأنه مال وجب للمفقر شرعا فوجب تملكهم إياه كزكاة فإن قلنا يجوز ، اشترط أن يغديهم ستين مدا فصاعدا ليكون قد أطعمهم قدر الواجب ، وإن قلنا لا يجوز أن يغديهم فقدم اليهم ستين مدا وقال هذا بينكم بالسوية فقبلوه أجزأ لأنه ملكهم التصرف فيه والامتناع قبل القسمة وهذا ظاهر مذهب الشافعي وقال أبو عبد الله بن حامد يجوز له وإن لم يقل بالسوية لأن قوله خذوها عن كفارتي يقتضي التسوية لأن ذلك حكمها وقال القاضي ان علم أنه وصل إلى كل واحد قدر حقه أجزأ وإن لم يعلم لم يجوز له لأن الأصل شغل ذمته ما لم يعلم وصول الحق إلى مستحقه ، ووجه الأول أنه دفع الحق إلى مستحقه مشاعا فقبلوه فبرئ منه كديون غرمائه

(فصل) ولا يجب التتابع في الاطعام نص عليه أحمد في رواية الأثرم وقيل له يكون عليه كفارة يمين فيطعم اليوم واحداً والآخر بعد أيام وآخر بعد حتى يستكمل عشرة فلم ير بذلك بأساً وذلك لأن

ثم رغبت فيه فاستفتت أصحاب رسول الله ﷺ وهم يومئذ كثير فأمروها أن تعتق رقبة وتزوجه فاعتقتني وتزوجته، وروى سعيد هذين الخبرين مختصرين ولأنها زوج أتى بالمنكر من القول والزور فلزمه كفارة الظهار كالأخر ولأن الواجب كفارة بمن فاستوى فيها الزوجان كالمين بالله تعالى (والرواية الثانية) ليس عليها كفارة وهو قول مالك والشافعي وإسحاق وأبي ثور لأنه قول منكرو زور وليس بظهار فلم يوجب كفارة كالمسب والقذف ولأنه قول ليس بظهار فلم يوجب كفارة الظهار كسائر الأقوال أو تحريم مما لا يصح منه الظهار فأشبهه الظهار من أمته (والرواية الثالثة) عليها كفارة اليمين، قال أحمد قد ذهب عطاء مذهباً حسناً جعله بمنزلة من حرم على نفسه شيئاً مثل الطعام وما أشبهه وهذا أقيس على مذهب أحمد وأشبهه بأصوله لأنه ليس بظهار ومجرد القول من المنكر والزور لا يوجب كفارة الظهار بدليل سائر الكذب والظهار قبل النكاح والظهار من أمته وأم ولد ولأنه تحريم لا يثبت التحريم في المحل فلم يوجب كفارة الظهار كتحريم سائر الحلال ولأنه ظهار من غير أمراته فأشبهه الظهار من أمته وما روي عن عائشة بنت طلحة في عتق الرقبة فيجوز أن يكون اعتاقها تكفيراً ليمينها فإن عتق الرقبة أحد خصال كفارة اليمين وينبغي حمله على هذا لكون الموجود منها ليس بظهار وكلام أحمد في رواية الأثرم لا يقتضي وجوب كفارة الظهار إنما قال الاحوط أن تكفر وكذا حكاه ابن المنذر ولا شك في أن الاحوط التكفير باغظ الكفارات ليخرج من الخلاف ولكن ليس ذلك بواجب عليه لأنه ليس بمنصوص عليه ولا هو في معنى المنصوص وإنما هو تحريم للحلال من غير ظهار فأشبهه ما لو حرم أمته أو طعامه وهذا قول عطاء والله أعلم

(فصل) وإذا قلنا بوجوب الكفارة عليها فلا تجب عليها حتى يطأها وهي مطاوعة فإن طقتها أو مات أحدهما قبل وطئها أو أكرهها على الوطء فلا كفارة عليها لأنها يمين فلا تجب كفارتها قبل الخنث فيها كسائر الأيمان ولا يجب تقديمها قبل المسيس ككفارات سائر الأيمان ويجوز تقديمها لذلك وعليها تمكين زوجها من وطئها قبل التكفير لأنه حق له عليها فلا يسقط بيمينها ولأنه ليس بظهار وإنما هو تحريم

الله تعالى لم يشترط التتابع فيه ولو وطئ في أثناء الإطعام لم يلزمه إعادة ماضى منه به قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك يستأنف لأنه وطئ في أثناء الكفارة فوجب الاستئناف كالصيام ولنا أنه وطئ في أثناء ما لا يشترط فيه التتابع فلم يوجب الاستئناف كوطئ غير المظاهر منها أو كما لو وطئ في كفارة اليمين وبهذا فارق الصيام

(فصل) ولا يجزئ الإخراج الأبنية وكذلك الاعتاق والصيام لقول النبي ﷺ «إنما الأعمال بالنيات» ولأن العتق يقع متبرعاً به وعن كفارة أخرى أو نذر فلم ينصرف إلى هذه الكفارة الأبنية وصفها أن ينوي العتق أو الإطعام أو الصيام عن الكفارة فإن زاد الواجبة فهو تأكيد والأجزاء نية الكفارة وإن نوى وجوبها ولم ينو الكفارة لم تجزئه لأن الوجوب يتنوع عن كفارة ونذر

للحل لا يثبت تحريماً كالأحرام طهارة ، وحكي أن ظاهر كلام أبي بكر أنها لا تمكنه قبل التكفير
الحاقاً بالرجل وليس ذلك بجيد لأن الرجل الظاهر منه صحيح ولا يصح ظهار المرأة ولأن الحل حق
الرجل فذلك رفعه والحل حق عاينها فلا تملك إزالته والله أعلم

(مسئلة) (قال وإذا ظاهر من زوجته مراراً فلم يكفر فكفارة واحدة)

هذا ظاهر المذهب سواء كان في مجلس أو محاسن ينوي بذلك التأكد أو الاستئناف أو اطلاق
نقله عن أحمد جماعة واختاره أبو بكر وابن حامد والقاضي وروى ذلك عن علي رضي الله عنه ، وبه
قال عطاء وجابر بن زيد وطارس والشعبي والزهري ومالك وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وهو
قول الشافعي القديم ونقل عن أحمد فيمن حلت إيماناً كثيرة فإن أراد تأكيد اليمين فكفارة واحدة
فهو مذهبنا أنه إن نوى الاستئناف فكفارتان وبه قال الثوري والشافعي في الجديد وقال أصحاب
الرأي أن كان في مجلس واحد فكفارة واحدة وإن كان في محاسن فكفارات وروى ذلك عن علي وعمرو
ابن دينار وقناة لأنه قول يوجب تحريم الزوجة ناذنوى الاستئناف تعلق كل مرة حكم حالها كالطلاق
ولما أنه قول لم يؤثر تحريماً في الزوجة فلم تجب به كفارة الظهار كاليمين بالله تعالى ولا يخفى أنه لم
يؤثر تحريماً فانها قد حرمت بالقول الأول ولم يزد تحريمها ، ولأنه لفظ يتعلق به كفارة فاذا كرهه كفارة
واحدة كاليمين بالله تعالى ، وأما الطلاق فما زاد على ثلاث لا يثبت له حكم بالاجماع وبهذا ينتقض ما ذكره
وأما الثالثة فانها ثبت تحريماً زائداً وهو التحريم قبل زوج واصابة بخلاف الظهار الثاني فانه لا يثبت
به تحريم فنظيره ما زاد على الطقة الناقصة لا يثبت له حكم فكذلك الظهار الثاني ، فأما أن كفر عن الأول
ثم ظاهر لزمته لثاني كفارة بلا خلاف لأن الظهار الثاني مثل الأول فانه حرم الزوجة المحللة فأوجب
الكفارة كالاول بخلاف ما قبل التكفير

(فصل) (والنية شرط في صحة الكفارة لقول النبي ﷺ : إنما الأعمال بالنيات) ولأن العق

فوجب تمييزه وموضوع النية مع التكفير أو قبله بيسير وهذا الذي نص عليه الشافعي وقال به بعض
أصحابه وقال بعضهم لا يجوز حتى يستصحب النية وإن كانت الكفارة صياماً اشترطت نية الصيام
عن الكفارة في كل ليلة لقوله عليه السلام « لا صيام لمن لم يبيت الصيام من الليل »

(مسئلة) (فإن كانت عليه كفارة واحدة فنوى عن كفارتي أجزاءه لأن النية تعينت لها وإن

كان عليه كفارات من جنس واحد لم يجب تعيين سببها)

وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه مخالفاً . فعلى هذا لو كان مظاهراً من
أربع نسائه فأعتق عبداً عن ظهاره أجزاءه عن أحدها وحلت له أحدها غير معينة لأنه واجب
من جنس واحد فأجزأته نية مطلقة كما لو كان عليه صوم يومين من رمضان ، وقياس المذهب أنه يقرع

يقع متبرعا به وعن كفارة أخرى أو نذر فلم ينصرف الى هذه الكفارة الا بنية وصفتها أن ينوي العتق أو الصيام أو الاطعام عن الكفارة فإن زاد الواجبة كان تأكيذاً وإلا أجزأت نيته الكفارة ، وإن نوى وجوبها ولم ينو الكفارة لم يجزئه لأن الواجب يتنوع عن كفارة ونذر فوجب تمييزه وموضع النية مع التكفير أو قبله بيسير وهذا الذي نص عليه الشافعي ، وقال به بعض أصحابه ، وقال بعضهم لا يجزي حتى يستصحب النية وإن كانت الكفارة صياما اشترط نية الصيام عن الكفارة في كل ليلة لقوله عليه السلام « لا صيام لمن لم يثبت الصيام من الليل » وإن اجتمعت عليه كفارات من جنس واحد لم يجب تعيين سببها وهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه مخالفاً فعلى هذا لو كان مظاهراً من أربع نساء فأعتق عبداً عن ظهاره أجزأه عن إحداهن وحلت له واحدة غير معينة لأنه واجب من جنس واحد فأجزأته نية مطلقة كما لو كان عليه صوم يومين من رمضان وقياس المذهب أن يقرع بينهما فتخرج بالقرعة المحللة منهن وهذا قول أبي ثور ، وقال الشافعي له أن يصرفها الى أيتهن شاء فتحل وهذا يفضي الى أنه يتخير بين كون هذه المرأة محللة له أو محرمة عليه وإن كان الظهار من ثلاث نسوة فأعتق عبداً عن إحداهن ثم صام شهرين متتابعين عن أخرى ثم مرض فأطعم ستين مسكيناً عن أخرى أجزأه وحل له الجميع من غير قرعة ولا تعيين وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وقال أبو ثور يقرع بينهما فمن تقع لها القرعة فاعتق لها ثم يقرع بين الباقيتين فمن تقع لها القرعة فالصيام لها والاطعام عن الثالثة لأن كل واحدة من هذه الحاصل لو انفردت احتاجت الى قرعة فكذلك إذا اجتمعت

ولنا أن التكفير قد حصل عن الثلاث وزالت حرمة الظهار فلم يحتج الى قرعة كما لو أعتق ثلاثة أعبد عن ظهارهن دفعة واحدة ، فأما إن كانت الكفارة من أجناس كظهار وقتل وجماع في رمضان

بينهن فتخرج المحللة منهن بالقرعة ، وهذا قول أبي ثور وقال الشافعي له أن يصرفها الى أيتهن شاء فتحل ، وهذا يفضي الى أنه يتخير بين كون هذه المرأة محللة له أو محرمة عليه وإن كان الظهار من ثلاث نسوة فأعتق عبداً عن إحداهن ثم صام شهرين عن أخرى ثم مرض فأطعم ستين مسكيناً عن أخرى أجزأه وله الجميع من غير قرعة ولا تعيين ، وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وقال أبو ثور يقرع بينهما فمن تقع لها القرعة فاعتق لها ثم يقرع بين الباقيتين فمن تقع لها القرعة فالصيام لها والاطعام عن الثالثة لأن كل واحدة من هذه الحاصل لو انفردت احتاجت الى قرعة فكذلك إذا اجتمعت

ولنا أن التكفير قد حصل عن الثلاث وزالت حرمة الظهار فلم يحتج الى قرعة كما لو أعتق ثلاثة عن ظهارهن دفعة واحدة

مسئلة () وإن كانت من أجناس كظهار وقتل وجماع في رمضان ويمن فقال أبو الخطاب لا يفتقر الى تعيين السبب . وبهذا قال الشافعي لأنها عبادة واجبة فلم تفقد صحة أدائها الى تعيين سببها كما لو كانت من جنس واحد)

وعين فقال أبو الخطاب لا يفتقر إلى تعيين السبب وهذا مذهب الشافعي لأنها عبادة واجبة فلم تنقصر صحة أدائها إلى تعيين سببها كما لو كانت من جنس واحد ، وقال القاضي بمحتمل أن يشترط تعيين سببها ولا تجزي . نية مطلقة ، وحكاة أصحاب الشافعي عن أحمد وهو مذهب أبي حنيفة لانهما عبادتان من جنسين فوجب تعيين النية لما كما لو وجب عليه صوم من قضاء ونذر ، فعلى هذا لو كانت عليه كفارة واحدة لا يعلم سببها فكفر كفارة واحدة أجزأه على الوجه الأول قاله أبو بكر ، وعلى الوجه الثاني ينبغي أن يلزمه التكفير بعدد أسباب الكفارات كل واحدة عن سبب كمن نسي صلاة من يوم لا يعلم عينها فإنه يلزمه خمس صلوات ، ولو علم أن عليه صوم يوم لا يعلم أمن قضاء هو أو نذر لزمه صوم يومين فإن كان عليه صوم ثلاثة أيام لا يدري أي من كفارة يمين أو قضاء أو نذر لزمه صوم تسعة أيام كل ثلاثة عن واحدة من الجهات الثلاث

(فصل) وإذا كانت على رجل كفارتان فأعتق عنهما عبيد لم يخل من أربعة أحوال (أحدها) أن يقول أعتقت هذا عن هذه الكفارة وهذا عن هذا ، فيجزئه إجماعا

(الثاني) أن يقول أعتقت هذا عن إحدى الكفارتين وهذا عن الأخرى من غير تعيين فينظر فإن كانا من جنس واحد ككفارتي ظهار أو كفارتي قتل أجزأه ، وإن كانتا من جنسين ككفارة ظهار

وقال القاضي بمحتمل أن يشترط تعيين سببها ولا يجزي . بنية مطلقة وحكاة بعض أصحاب الشافعي عن أحمد وهو مذهب أبي حنيفة لانهما عبادتان من جنسين فوجب تعيين النية لما كما لو وجب عليه صوم من قضاء ونذر فعلى هذا لو كانت عليه كفارة واحدة لا يعلم سببها أجزأته كفارة واحدة على الوجه الأول قاله أبو بكر وعلى الوجه الثاني ينبغي أن يلزمه كفارات بعدد الأسباب كل واحد عن سبب كمن نسي صلاة من يوم لا يعلم عينها فإنه يلزمه خمس صلوات ، ولو علم أن عليه يوما لا يعلم هل هو من قضاء أو من نذر لزمه صوم يومين فإن كان عليه صيام ثلاثة أيام لا يدري أي من كفارة أو نذر أو قضاء لزمه صوم تسعة أيام كل ثلاثة عن واحدة من الجهات الثلاث

(فصل) إذا كان على رجل كفارتان فأعتق عنهما عبيد لم يخل من أربعة أحوال (أحدها) أن يقول أعتقت هذا عن هذه الكفارة وهذا عن هذه ، فيجزئه إجماعا

(الثاني) أن يقول أعتقت هذا عن إحدى الكفارتين وهذا عن الأخرى من غير تعيين فإن كانا من جنس واحد ككفارتي ظهار أو قتل أجزأه وإن كانتا من جنسين ككفارة ظهار وكفارة قتل خرج على وجهين في اشتراط تعيين السبب فإن قلنا يشترط لم يجزئه واحد منهما وإن قلنا لا يشترط أجزأه عنهما (الثالث) أن يقول أعتقتها عن الكفارتين فإن كانتا من جنس أجزأ عنهما ويقع كل واحد عن كفارة لأن عرف الشرع والاستعمال اعتاق الرقبة عن الكفارة فإذا أطلق ذلك وجب سحله عليه وإن

وكفارة ثقل خرج على الوجهين في اشتراط تعيين السبب ان لما يشترط لم يجزئه واحد منهما ، وان قلنا لا يشترط أجزاءه عنهما

(الثالث) أن يقول أعتقتهما عن الكفارتين فان كانتا من جنس واحد أجزأ عنهما ويقع كل واحد عن كفارة ولان عرف الشرع والاستعمال اعتاق الرقبة عن الكفارة فاذا أطلق ذلك وجب حمله عليه وإن كانتا من جنسين خرج على الوجهين

(الرابع) أن يعتق كل واحد عنهما جميعا فيكون معتقا عن كل واحدة من الكفارتين نصف العبدان فينبني ذلك على أصل آخر وهو اذا اعتق نصف رقبتين عن كفارة هل يجزئه أولا ؟ فعلى قول الحرقي يجزئه لان الاشخاص بمنزلة الاشخاص فيما لا يمنع منه العيب اليسير بدليل الزكاة فان من ملك نصف ثمانين شاة كان بمنزلة من ملك أربعين ولا تلزم الاضحية فانه يمنع منه العيب اليسير

وقال أبو بكر وابن حامد لا يجزئه وهو قول مالك وأبي حنيفة لان ما أمر بصرفه الى شخص في الكفارة لم يجز تفريقه على اثنين كالمدة في الاطعام ولا أصحاب الشافعي كعبد الوجهين ولهم وجه ثالث وهو أنه ان كان بقيهما حرا أجزأ وإلا فلا لانه متى كان باقيا حرا حصل تكميل الاحكام والنصرف ، وخرجه القاضي وجها لنا أيضا الا أن المعترض عليه أن يقول ان تكميل الاحكام ما حصل بعق هذا وانما حصل بانضمامه الى عتق النصف الآخر فلم يجزئه فاذا قلنا لا يجزئ عتق النصفين لم يجزئ في

كانتا من جنسين خرج على الوجهين (الرابع) ان يعتق كل واحد منهما جميعا فيكون معتقا عن كل واحدة من الكفارتين نصف العبدان فينبني على أصل آخر وهو اذا اعتق نصف رقبتين عن كفارة هل يجزئه أولا ؟ فعلى قول الحرقي يجزئه لان الاشخاص بمنزلة الاشخاص فيما لا يمنع منه العيب اليسير بدليل الزكاة فان من ملك نصف ثمانين شاة كان كمن ملك أربعين ولا تلزم الاضحية فانه يمنع منها العيب اليسير . وقال أبو بكر وابن حامد لا يجزئه وهو قول مالك وأبي حنيفة لان ما أمر بصرفه الى شخص في الكفارة لم يجز تفريقه على اثنين كالمدة في الاطعام ولا أصحاب الشافعي كعبد الوجهين ، ولهم وجه ثالث وهو انه ان كان باقيا حرا أجزأ والا فلا لانه متى كان باقيا حرا حصل تكميل الاحكام والنصرف وخرجه القاضي وجها لنا أيضا الا ان المعترض عليه ان يقول ان تكميل الاحكام ما حصل بعق هذا وانما حصل بانضمامه الى عتق النصف الآخر فلم يجزئه فاذا قلنا لا يجزئ عتق النصفين لم يجزئ في هذه المسئلة عن شيء من الكفارتين وان قلنا يجزئ وكانت الكفارتان من جنس اجزأ العتق عنهما وان كانتا من جنسين فقد قيل يخرج على الوجهين والصحيح أنه يجزئ وجها واحدا لان عتق النصفين عنهما كعتق عبيد عنهما (فصل) ولا يجوز تقديم كفارة الظهار قبله لان الحكم لا يجوز تقديمه على سببه فلو قال لعبدك انت حر الساعة ان تظاهرت عتق ولم يجزئه عن ظهاره لان ظهاره قدم الكفارة على سببها المختص لم يجز كما لو قدم كفارة القتل على الجرح ، ولو قال لامرأته ان دخلت الدار فانت لي كظن امي

هذه المسئلة عن شيء من الكفارتين ، وان قلنا يجوز . وكانت الكفارتان من جنس أجزأ العتق عنهما وان كانتا من جنسين فقد قيل يخرج على الوجهين ، والصحيح أنه يجوز وجها واحدا لان عتق النصفين عنهما كعتق عبيدين عنهما

(فصل) ولا يجوز تقديم كفارة الظهار قبل لان الحكم لا يجوز تقديمه على سببه فلو قال لعبيده أنت حر الساعة عن ظهاري ان تظهرت منق ولم يجزئه عن ظهاره ان تظاهر لانه تقدم الكفارة على سببها المختص فلم يجوز كما لو قدم كفارة اليمن عليها أو كفارة القتل على الجرح ، ولو قال لامرأته ان دخلت الدار فأنت علي كظهر أُمي لم يجوز التكفير قبل دخول الدار لانه تقدم للكفارة قبل الظهار فان أعتق عبدا عن ظهاره ثم دخلت الدار عتق العبد وصار مظاهرا ولم يجزئه لان الظهار معاق على شرط فلا يوجد قبل وجود شرطه ، وإن قال لعبيده ان تظهرت فأنت حر عن ظهاري ثم قال لامرأته أنت علي كظهر أُمي عتق العبد لوجود الشرط وهل يجزئه عن الظهار؟ فيه وجهان (أحدهما) يجزئه لانه عتق بعد الظهار وقد نوى اعتاقه عن الكفارة

(والثاني) لا يجزئه لان عتقه مستحق بسبب آخر وهو الشرط ، ولان النية لم توجد عند العتق والنية عند التعليق لا تجزئ . لانه تقدم لها على سببها ، وإن قال لعبيده ان تظهرت فأنت حر عن ظهاري فالحكم فيه كذلك لانه تعليق لعتقه على المظاهرة

لم يجوز التكفير قبل دخول الدار لانه تقدم للكفارة قبل الظهار فان أعتق عبدا عن ظهاره ثم دخلت الدار عتق العبد وصار مظاهرا ولم يجزئه لان الظهار معاق على شرط ولو قال لعبيده ان تظهرت فأنت حر عن ظهاري ثم قال لامرأته أنت علي كظهر أُمي عتق العبد لوجود الشرط وهل يجزئه عن الكفارة فيه وجهان

(أحدهما) يجزئه لانه عتق بعد الظهار وقد نوى اعتاقه عن الكفارة (والثاني) لا يجزئه لان عتقه مستحق بسبب آخر وهو الشرط ولان النية لم توجد عند عتق العبد والنية عند التعليق لا تجزئ ، لانه تقدم لها على سببها والله سبحانه وتعالى اعلم

آخر الباب ويتلوه باب اللعان ان شاء الله تعالى ، ثم تسويد كتابة ذلك الكتاب في اليوم السادس من العشر الثانية من الشهر السابع من السنة السادسة من العشر الخامسة من المائة الثالثة من الالف الثاني من الهجرة النبوية على مهاجرها افضل الصلاة والسلام بقام الفقير الى الله محمد بن حمد بن نصر الله بن فوزان بن نصر الله بن محمد بن عيسى بن محمد بن عيسى بن صقر بن مشعاب ان تجد سبيبا فسد الحلالا جل من لا عيب فيه وعلا

﴿ فهرس الجزء الثامن من كتابي المغني والشرح الكبير ﴾

صفحة	صفحة
٣٦	٣ استحباب تسمية الصداق في النكاح
٣٧	٤ كون الصداق لا يتقدر أقله ولا أكثره
في الصداق	٦ استحباب عدم المغالاة في الصداق
٣٨	٧ فروع فيما يجوز جعله صداقا وما لا يجوز
٣٩	٩ جعل الصداق تعليم سورة من القرآن أو شيء منه
الاختلاف في الصداق بعد العقد	١١ فروع في جعل الصداق تعليم شيء من القرآن
الاختلاف في الصداق	١٢ كون الصداق بحسب ما انفقوا عليه ورضوا به
٤٠	١٣ ظهور عيب في العبد المجهول صداقا
٤١	١٤ اشتراط صفة مقصودة في الصداق
٤٢	١٥ جعل الصداق عبداً ثم ظهوره حراً أو مستحقاً
٤٣	١٧ تزوج الرجل المرأة على أن يشتري لها عبداً بعينه
٤٤	١٨ اشتراط كون الصداق معلوما يصح بثله البيع
٤٥	١٩ فروع في كون الصداق معلوما
٤٦	٢٠ فروع في ابطال الصداق المجهول
٤٧	٢١ جواز كون الصداق معجلاً و مؤجلاً
٤٨	٢٢ حكم جعل الصداق شيئاً محرماً كالخمر والخنزير
٤٩	٢٣ وجوب مهر المثل فيما إذا جعل الصداق شيئاً محرماً
٥٠	٢٤ وجوب مهر المثل في التسمية الفاسدة
٥١	٢٥ إذا تزوج المرأة على ألف لها وألف لآبائها
٥٢	فهو جائز
٥٣	٢٦ لو شرط الأب لنفسه جميع الصداق صح
٥٤	٢٧ حكم ما إذا شرط لنفسه جميع الصداق الخ
٥٥	٢٨ حكم ما إذا أصدقها عبداً صغيراً فكبر الخ
٥٦	٢٩ الصداق يتنصف بالطلاق قبل الدخول
٥٧	٣٠ حكم ما إذا خالع امرأته بعد الدخول الخ
٥٨	٣١ حكم ما إذا زاد الصداق بعد العقد الخ
٥٩	٣٢ حكم ما إذا كانت العين نالقة الخ
٦٠	٣٣ حكم ما لو أصدقها نخلًا حائلاً
٦١	٣٤ حكم ما لو أصدقها خشباً فشقته
٦٢	٣٥ حكم الصداق حكم البيع ان كان مكيلاً أو موزوناً
٦٣	

أحوال التالف في يد الزوج
حكم ما لو طلق المرأة قبل الدخول وقد تصرف
في الصداق
انصرف الغير اللازم لا ينقل الملك
الاختلاف في الصداق بعد العقد
الاختلاف في الصداق
حكم ما إذا ادعى مهر المثل وادعت أقل منه
حكم انكار الصداق قبل الدخول وبعده
حكم ما لو دفع اليها ألفاً ثم اختلفا
حكم ما لو مات الزوجان واختلف الورثة
حكم انكار الزوج تسمية الصداق
حكم ما لو زوجها بغير صداق
معنى التفويض وأقسامه
حكم ما لو فرض لها بعد العقد ثم طلقها
فروع في أحكام المتعة الواجبة للمطلقة
أحكام المفوضة في المهر وبيان أنها لا متعة لها
كون المتعة أملاً تعتبر بحال الزوج في الاعمار
واليسار
مطالبة المفوضة بفرض المهر قبل الدخول
فرض الاجنبي مهر المثل للمفوضة
وجوب المهر للمفوضة بالعقد
السنة أن لا يدخل بها حتى يعطيها شيئاً
حكم ما لو مات أحد الزوجين قبل الاصابة
وقبل الفرض
تحديد مهر المثل
لا يجب مهر المثل إلا حالاً
حكم ما لو زوج السيد عبده أمته
اجماع الصحابة على أنه من أغلق باباً أو أرحى
سترأ فقد وجب المهر
الافضاء الحلوة دخل بها أو لم يدخل

صفحة	صفحة
٦٤	تعميم في الحلوة
٦٥	فروع فيما يجب به نصف الصداق
٦٦	حكم الاستمتاع بالمرأة ومباشرتها في وجوب
٦٧	الصداق أو نصفه
٦٨	اذهاب عذرة امرأته قبل الدخول يوجب عليه
٦٩	نصف الصداق
٧٠	فروع فيما يجب في اذهاب عذرة المرأة
٧١	كون الذي بيده عقدة النكاح هو الزوج
٧٢	عفو أحد الزوجين الآخر عن بعض حقوقه
٧٣	عفو المرأة عن صداقها أو عن بعضه أو هبته
٧٤	له قبل قبضه
٧٥	فروع في تنصيف المهر بالطلاق قبل الدخول
٧٦	حكم مالو أصدق امرأته عينا فوهبتها له الخ
٧٧	حكم مالو أصدقها بعد أن فوهبته نصفه ثم طلقها الخ
٧٨	إذا أبرأت المفوضة من المهر صح قبل الدخول
٧٩	وبعده
٨٠	فروع في الإبراء
٨١	إذا كان مائها لا يوطأ فليس عليه دفع نفقتها
٨٢	امكان الوطء في الصغيرة معتبر بحالها
٨٣	لو مرضت بعد تسليمها لم تسقط نفقتها
٨٤	للأمة أن تمنع نفسها حتى تتسلم الصداق الحال
٨٥	أحكام الزواج على صداقين سر وعلائية
٨٦	زواج أربع نسوة في عقد واحد بمهر واحد
٨٧	زواج امرأتين بصداق واحد وإحداها
٨٨	محرمه عليه
٨٩	أحكام الجمع بين النكاح والبيع
٩٠	زواج المرأة على طلاق امرأة أخرى
٩١	فروع في زواج المرأة على طلاق امرأة أخرى
٩٢	أحكام الزيادة في الصداق بعد العقد
٩٣	مسائل في حكم نماء المهر إذا طلقت قبل الدخول
٩٤	نقص الصداق في يد الزوج قبل تسليمه
٩٥	حكم نماء الصداق إذا طلقها قبل الدخول
٩٦	وطء الزوج الجارية المجهولة صداقاً
٩٧	ضمان أبي المرأة نفقتها عشر سنين
٩٨	يجب المهر للمنكحة نكاحاً صحيحاً الخ
٩٩	لا فرق بين كون الموطوءة أجنبية أو من ذوات محارمه
١٠٠	لا يجب المهر بالوطء في الدبر ولا في اللواط
١٠١	حكم مالو طلق امرأته قبل الدخول طلقة وظن أنها لاتين
١٠٢	حكم الصداق إذا كان في الذمة
١٠٣	كل فرقة قبل الدخول من قبل المرأة يسقط به مهرها
١٠٤	فروع في أحكام الفرقة قبل الدخول
١٠٥	كتاب الولية
١٠٦	استحباب الولية عند الزواج
١٠٧	إجابة الدعوة إلى الولية ووجوبها
١٠٨	جواز صنع الولية أكثر من يوم
١٠٩	استحباب الدعاء والانصراف لمن لم يجب أن يطعم
١١٠	حكم الدعوة إلى ولية فيها مصيبة
١١١	وجوب الانكار على ما يصنع في الولائم ونحوها من المنكرات
١١٢	حرمة صنعة التصاوير ودخول منزل فيه صورة
١١٣	حكم ستر الحيطان بستر غير مصورة
١١٤	حكم السور فيها القرآن والدف واتخاذ آيئة الذهب والفضة
١١٥	حكم الدعوة إلى الختان والاجابة اليها
١١٦	حكم النثار والتقاطه في العرس
١١٧	تقسيم الجوز والوز ونحوها على الحاضرين في الولائم
١١٨	فصل في آداب الطعام
١١٩	فصل في استحباب التسمية قبل الاكل

صفحة	صفحة
١٢٢	يستحب الاكل بالاصابع الثلاث
١٢٣	استحباب الحمد عند افراغ من الاكل
١٢٤	لا بأس بالجمع بين طعامين
١٢٥	حكم غسل اليد في اثناء الاكل
١٢٦	كتاب عشرة النساء والخام
١٢٧	حكم مالو تزوج امرأة بوطء مثلها فطلب تسليمها
١١٨	ليس للزوج إجبار زوجته على الغسل من الحيض والنفاس
١٢٩	للزوج منعها من الخروج من منزله إلى ما لها منه بد
١٣٠	ايس على المرأة خدمة زوجها في العجن والحبز
١٣١	لا يحل وطء الزوجة في الدبر
١٣٢	ان وطئ زوجها في دبرها فلا حد عليه
١٣٣	جواز العزل عن الامة بغير إذنها
١٣٤	حكم مالو عزل عن زوجته ثم أتت بولد
١٣٥	فصل في آداب الجماع
١٣٦	استحباب التأني في الجماع لتدرك المرأة حاجتها
١٣٧	ليس للرجل أن يجمع بين امرأته في مسكن واحد بغير رضاها
١٣٨	التسوية في القسم واجبة
١٣٩	فصل في القسم للريضة والرتقاء والخائض إلخ
١٤٠	حكم كعب بن سور في القسم بامر عمر بن الخطاب
١٤١	الوطء واجب على الرجل ما لم يكن له عذر
١٤٢	ان -افر عن امرأته لعذر سقط حقها من القسم
١٤٣	توقيت الغيبة عن الزوجة
١٤٤	عماد القسم الليل
١٤٥	النهار يدخل في القسم تبعاً لليل
١٤٦	حكم الدخول على زوجها في زمنها
١٤٧	فروع في القسم بين الزوجات
١٤٨	يقسم للزوجة الامة ليلة والحررة ليلتين وان كانت كتابية
١٤٩	المسألة والكتابية في القسم سواء
١٥٠	لا قسم على الرجل في ملك يمينه
١٥١	حكم ما لو قسم لأحديهما ثم طلق الأخرى
١٥٢	يجوز للمرأة أن تهب حقها من القسم لزوجها
١٥٣	فروع في قسم الرجل بين زوجته
١٥٤	سفر المرأة بأذن زوجها وحكم نفقتها وكسوتها
١٥٥	حكم سفر الرجل وتحتة أكثر من واحدة
١٥٦	انقراة بين النساء عند السفر
١٥٧	السفر للنقلة وأحكامه
١٥٨	حكم مالو كانت له امرأة فزوج أخرى وأراد السفر بهما
١٥٩	تزوج صاحب النسوة امرأة جديدة
١٦٠	كراهة زفاف امرأتين في ليلة واحدة
١٦١	فروع في أحكام القسم بين الزوجات
١٦٢	ظاهر أمارات النشوز من المرأة وأحكامه
١٦٤	تأديب الرجل امرأته على ترك فرائض الله
١٦٥	خوف المرأة لنشوز زوجها وإعراضه عنها
١٦٦	أحكام الشقاق بين الزوجين ووقوع المداوة بينهما
١٦٧	القول في الحكمين المبعوثين للإصلاح بين الزوجين
١٦٩	شروط الحكمين
١٧٠	الحرية من شروط العدالة
١٧١	حكم مالو غاب الزوجان أو أحدهما بعد بعث الحكمين
١٧٢	حكم مالو شرط الحكمين شرطاً
١٧٣	كتاب الخلع
١٧٤	لا يفتقر الخلع إلى حاكم
١٧٥	لا يستحب له أن يأخذ أكثر مما أعطاه
١٧٦	لو خالغته على غير ما ذكر كره لها
١٧٧	الحال التي يصلح الخلع فيها
١٧٨	حكم مالو عضل زوجته وضاربها
١٧٩	حكم مالو أتت بفاحشة ففضلها
١٨٠	الخلع فسخ في إحدى الروايتين
١٨١	انقسام ألفاظ الخلع إلى صريح وكناية

صفحة	صفحة
٢١٦ طاب الاب طلاق ابنته علي البراءة من صداقها	١٨٢ لا يحصل الخلع بمجرد بذل المال
٢١٧ حكم مالو قال لامرأته أنها طالق	١٨٣ لا يقع بالمعتدة من الخلع طلاق
٢١٨ يصح الخلع مع الاجنبي بغير إذن المرأة	١٨٤ لا يثبت في الخلع رجعة
٢١٩ حكم مالو اذا قالت طلقني بألف على أن تطلق ضرتي	١٨٥ اشتراط الرجعة في الخلع
٣٢٠ ما خالع العبد به زوجته من شيء جاز وهو اسيد	١٨٦ اشتراط جعل أمر المرأة بيدها
٢٢١ توقف أحمد في طلاق الاب زوجة ابنه الصغير	١٨٧ صحة الخلع على المجحول
٢٢٢ حكم مالو خالعت المرأة في مرض موتها	١٨٨ أقسام الخلع على المجحول وأحكامه
٢٢٣ حكم مالو خالعا في مرض الموت وأوصى لها	١٩١ الخلع على رضاع ولده سنتين
٢٢٤ حكم مالو خالعه بمحرم وبها كافران	١٩٢ الخلع على كفالة ولده عشر سنين
٢٢٥ صحة التوكيل في الخلع من كل واحد من الزوجين	١٩٣ كون العوض في الخلع كالعوض في الصداق والبيع
٢٢٦ أحكام التوكيل في الخلع والتوكيل فيه	١٩٤ الخلع على غير عوض وحكمه والخلاف فيه
٢٢٩ اختلاف الزوجية في الخلع	١٩٥ جعل الألف الواحدة عوضا في بيع وخلع
٢٣٠ أحكام اختلاف الزوجين في الخلع	١٩٦ جواز رد عوض الخلع بظهور عيب فيه
٢٣١ تعليق الطلاق بصفة ثم إباتها ثم وجود الصفة	١٩٧ فروع في الخلع على عوض معين
في نكاح آخر	١٩٨ فروع في جعل عوض الخلع أكثر أو أقل من المتفق عليه
٢٣٤ كتاب الطلاق	١٩٩ تخلف الصفة في عوض الخلع وتعليقه على صفة
٢٣٥ الطلاق على خمسة أضرب	٢٠٠ تعليق الطلاق على شروط وزومه من جهة الزوج
٢٣٥ تعريف الطلاق السني	٢٠١ حكم مالو قال لامرأته أنت طالق بألف
٢٣٧ حكم مالو طلق للبدعة	٢٠٢ حكم مالو خالعا على عبد فخرج حراً
٢٣٨ فصل في استحباب المراجعة	٢٠٣ حكم مالو خالعا على محرم يعلمان تحريمه
٢٣٩ إن راجعها وجب إمساكها حتى تطهر	٢٠٤ حكم مالو قالت له طلقني ثلاثاً بألف الخ
٢٤٠ حكم مالو طلقها ثلاثاً في طهر لم يصبرها فيه	٢٠٦ حكم مالو قالت طلقني ثلاثاً ولم يبق من طلاقها إلا واحدة
٢٤١ فروع في أحكام الطلاق السني والبدعي	٢٠٧ حكم مالو قالت طلقني واحدة بألف
٢٤٣ تطبيق الثلاث بكلمة واحدة	٢٠٨ حكم مالو قالت طلقني بألف أو على أن لك ألفاً
٢٤٤ قول الرجل لامرأته أنت طالق للسنة وحكمه	٢٠٩ فروع في طاب المرأة من زوجها الطلاق على عوض
٢٤٥ دخول زمان السنة بانقطاع دم الحيض	٢١١ تطبيق الرجل امرأته على عوض لم تبدله
٢٤٦ قول الرجل لامرأته أنت طالق للبدعة وحكمه	٢١٣ مخالعة الامة زوجها بغير إذن سيدها على شيء معلوم
٢٤٧ تطبيق الرجل امرأته ثلاثاً بعضها للسنة وبعضها للبدعة	١٢٥ مخالعة الامة المسكينة والمججور عليها لفلس
٢٤٨ تعليق الطلاق بصفة وجدت وهي حائض	او سفه ونحوه
٢٤٩ حكم مالو قال أنت طالق إذا قدم زيد	

صفحة	صفحة
٢٥٠	حكم مالو قال لصغيرة أنت طالق للبدعة
٢٥١	حكم مالو قال أنت طالق في كل قرء طلقه
٢٥٢	حكم مالو قال أنت طالق أحسن الطلاق
٢٥٣	حكم مالو قال أنت طالق أقبح الطلاق
٢٥٤	طلاق الزائل العقل بلا سكر لا يقع
٢٥٥	روايات عن أبي عبدالله في طلاق السكران
٢٥٦	الحكم في عتق السكران ونذره كالحكم في طلاقه
٢٨٠	قول الاعجمي لامرأته أنت طالق بدون أن يفهم معناه
٢٨١	حكم مالو كان له امرأتان حفصة وعمرة
٢٨٣	حكم مالو أشار إلى عمره فقال يا حفصة أنت طالق
٢٨٦	حكم الطلاق غير الصريح
٢٨٥	حكم مالو قيل له أطلقت امرأتك؟
٢٨٦	حكم مالو وهب زوجته لاهلها
٢٨٧	حكم مالو باع امرأته لغيره
٢٨٨	لا يقع الطلاق بمجرد قوله لها أمرك بيدك
٢٨٩	وقوع طلاق واحدة رجعية باختيار المرأة الخيرة نفسها
٢٩٠	من كنيات الطلاق قول الزوج أمرك بيدك أو اختاري نفسك
٢٩١	تطبيق الخيرة نفسها ثلاثا وقول الزوج لم أجعل اليها إلا واحدة
٢٩٢	أحكام جعل الرجل أمر امرأته بيد غيرها
٢٩٣	تعلق اختيار المرأة نفسها بالشروط
٢٩٤	كون تخيير المرأة إنما هو على الفور
٢٩٦	جعل الخيار للمرأة متى شاء أو في مدة معينة
٢٩٧	ليس لها أن تختار أكثر من واحدة
٢٩٨	حكم مالو خيرها فاختارت زوجها
٢٩٩	حكم مالو قال أمرك بيدك قالت قبلت
٣٠٠	حكم مالو كرر لفظة الخيار
٣٠١	حكم مالو وكل أجنبياً في طلاق زوجته
٣٠٢	حكم مالو قال طاق نفسك طلاق السنة
٣٠٣	حكم مالو قال لزوجه أنت علي حرام
٣٠٤	حكم مالو قال أنت علي حرام ونوى اليمين
٣٠٥	قول الرجل لامرأته أنت علي حرام
٣٠٦	بعض الالفاظ التي يحصل بها الطلاق مع نيته
٣٠٧	التطبيق باللسان مع الاستثناء بالقلب
٢٦٠	بيان ما يحصل به الاكراه كالضرب والخنق
٢٦١	بيان الشروط التي يتحقق بها الاكراه
٢٦٢	حكم من أكره على طلاق امرأة فطلق غيرها
٢٦٣	الطلاق الصريح وغيره
٢٦٤	الالفاظ الصريحة في الطلاق
٢٦٥	حكم من سبق لسانه بالطلاق وهو لا يريد
٢٦٦	ليست لفظة الاطلاق صريحة في الطلاق
٢٦٧	حكم مالو قال لها في الغضب أنت حرة
٢٦٨	حكم مالو أنى بالكناية في حال الغضب
٢٦٩	فروع فيما يقع به الطلاق
٢٧٠	حكم مالو أنى بالكناية في حال سؤال الطلاق
٢٧١	حكم مالو قال لها أنت خلية
٢٧٢	البينونة الصغرى والكبرى
٢٧٣	أحكام الالفاظ التي يقع بها الطلاق الثلاث
٢٧٤	أقسام الكناية والفاظها وأحكامها
٢٧٧	حكم الالفاظ التي لا تشبه الطلاق ولا تدل على الفراق
٢٧٨	حكم الرجل أمر امرأته بيده وقوله أنا
٢٧٩	كون صريح الطلاق يلزم ولا يحتاج إلى نية

صفحة	صفحة
٣٠٨	أحكام ما يتصل بلفظ الطلاق من القرائن ٣٠٨
٣١٠	فروع في اعتبار النية في الطلاق وعدم اعتبارها ٣١٠
٣١٢	بطلان استثناء الأكثر من الأقل في الطلاق ٣١٢
٣١٣	حكم ما لو قال أنت طالق اثنين وواحدة ٣١٣
٣١٤	حكم ما لو قال أنت طالق ثلاثا إلا طلبة ٣١٤
٣١٥	يصح الاستثناء من الاستثناء ٣١٥
٣١٦	حكم ما لو قال لها أنت طالق في شهر كذا ٣١٦
٣١٧	مق جعل زمنا ظرفا للطلاق وقع في أول ٣١٧
٣١٨	حكم ما لو وقع الطلاق في زمن أو علقه بصفة ٣١٨
٣١٩	حكم ما إذا قال أنت طالق في آخر أول الشهر ٣١٩
٣٢٠	حكم ما لو قال إذا مضت سنة فأنت طالق ٣٢٠
٣٢١	قول الرجل أنت طالق في كل سنة طاعة ٣٢١
٣٢٢	تعليق الطلاق برؤيته هلال رمضان ٣٢٢
٣٢٣	تعليق الطلاق على شرط مستقبل ٣٢٣
٣٢٤	تعليق الطلاق بقدوم غائب ٣٢٤
٣٢٥	قول الرجل أنت طالق اليوم وغداً أو نحوه ٣٢٥
٣٢٦	فروع في قوله أنت طالق أمس ٣٢٦
٣٢٧	قول الرجل أنت طالق قبل قدوم زيد بشهر ٣٢٧
٣٢٨	تعليق الطلاق بالطلاق ٣٢٨
٣٢٩	حكم ما لو قال إن طلقك فأنت طالق ٣٢٩
٣٣٠	حكم ما إذا قال لها كلما طلقك فأنت طالق ٣٣٠
٣٣١	حكم ما لو قال لها كلما طلقك طلاقاً أملك فيه ٣٣١
٣٣٢	حكم ما لو قال لزوجته إذا طلقك فأنت طالق ٣٣٢
٣٣٣	حكم ما لو قال أنت طالق اليوم ثلاثاً قبل ٣٣٣
٣٣٤	الاختلاف في الحلف بالطلاق ٣٣٤
٣٣٥	حكم ما إذا قال لامرأته كلما حلفت بطلاقكما ٣٣٥
٣٣٦	حكم ما لو كان له امرأتان حفصة وعمرة ٣٣٦
٣٣٧	فروع في تعليق الطلاق ٣٣٧
٣٣٨	استعمال الطلاق والعناق استعمال القسم ٣٣٨
٣٣٩	تعليق طلاق امرأة على طلاق أخرى ٣٣٩
٣٤٠	إلا واحدة ٣٤٠
٣٤١	تعليق الطلاق على صفات يجتمعن في شيء واحد ٣٤١
٣٤٢	حكم ما لو قال إن دخل الدار رجل ٣٤٢
٣٤٣	فروع في الطلاق المعلق ٣٤٣
٣٤٤	حكم ما لو قال إن لم أطلقك فأنت طالق ٣٤٤
٣٤٥	لا يمنع من وطء زوجته قبل فعل ما حلف عليه ٣٤٥
٣٤٦	إذا كان المعلق طلاقاً بائناً فأنت لم يربها ٣٤٦
٣٤٧	حكم ما لو حلف ليفعل شيئاً ولم يعين له وقتاً ٣٤٧
٣٤٨	حكم ما لو قال لعبدته إن لم أبعك اليوم فأمرتي ٣٤٨
٣٤٩	طاق ٣٤٩
٣٥٠	حكم ما لو قال كلما لم أطلقك فأنت طالق ٣٥٠
٣٥١	بيان الحروف المستعملة للشرط وتعليق الطلاق ٣٥١
٣٥٢	بها وأحكامها ٣٥٢
٣٥٣	تعليق الطلاق بشرطين ٣٥٣
٣٥٤	فصول في تعليق الطلاق ٣٥٤
٣٥٥	حكم ما لو قال لاربع إن حضنت فأنت طواق ٣٥٥
٣٥٦	حكم ما لو قال لهن كلما حاضت إحداكن ٣٥٦
٣٥٧	فرضاتها طواق ٣٥٧
٣٥٨	حكم ما لو قال لها إذا حضت حيضة فأنت طالق ٣٥٨
٣٥٩	حكم ما لو كان له أربع نسوة فقال أيتكن لم ٣٥٩
٣٦٠	أطأها ففرضاتها طواق ٣٦٠
٣٦١	حكم ما لو قال إن لم تكوني حاملاً فأنت طالق ٣٦١
٣٦٢	حكم ما إذا قال إذا كنت حاملاً بغلام فأنت ٣٦٢
٣٦٣	طاق ٣٦٣
٣٦٤	فروع في تعليق الطلاق على ولادة المرأة ٣٦٤
٣٦٥	فروع في تعليق الطلاق ٣٦٥

صفحة	صفحة
٣٧٢	قول الرجل لامرأته ان كلمتك فأنت طالق ٤٠٨ وقوع الطلاق بلفظ الواحدة واحداً وان
٣٧٣	الحلف بالطلاق على عدم تكليم لإنسان بعينه نوى ثلاثاً
٣٧٥	تعليق الطلاق على بدئه المرأة بالكلام ٤٠٩ حكم ما لو قال أنت طالق طلاقاً ونوى ثلاثاً
٣٧٦	تعليق الطلاق على كلامه زبداً ٤١٠ حكم ما لو قال الطلاق يلزمني
٣٧٧	حكم ما لو قال ان كلمتيني حتى يقدم زيد ٤١١ حكم ما لو قال أنت طالق للسنة
٣٧٨	فروع في تعليق الطلاق بالمشيئة ٤١٢ ذكر الخلاف في وقوع الطلاق بالكنية
٤٧٩	حكم ما لو قيد المشيئة بوقت ٣١٤ حكم ما لو كتب الطلاق بشيء لا يبين
٣٨٠	حكم ما لو قال أنت طالق إلا ان تشائي ٤١٤ حكم ما اذا كتب لزوجته أنت طالق الخ
٣٨١	حكم ما لو قال أنت طالق لمشيتة فلان ٤١٥ لا يثبت الكتاب بالطلاق الا بشاهدين
٣٨٢	حكم ما لو قال أنت طالق ان شاء الله تعالى ٤١٦ باب الطلاق بالحساب
٣٨٣	حكم ما لو قال أنت طالق ان دخلت الدار ان ٤١٧ بعض أحكام الطلاق بالحساب
٣٨٤	حكم ما لو علق الطلاق على مستحيل شاء الله ٤٢١ حكم إيقاع الطلاق على سن المرأة او ظرفها
٣٨٥	فروع مختلفة في الحلف بالطلاق ٤٢٢ أحكام الشك في الطلاق
٣٨٩	الحلف بلفظ عام وإرددة شيء خاص ٤٢٣ الشك في عدد الطلاق
٣٩٠	حلف اليمين العامة لسبب خاص ٤٢٤ الحلف بالطلاق على المجهول
٣٩١	تعليق الطلاق على الوطء ٤٢٥ حكم ما لو قال أحد الرجلين إن كان غراباً
٣٩٢	تعليق الطلاق على مخالفة الأمر فامرأته طالق ٤٢٦ حكم ما لو قال أحدهما إن كان هذا غراباً فبغدي حر
٣٩٣	حكم ما لو حلف ليرحله من هذه الدار ٤٢٧ حكم ما لو قال إن كان غراباً فهذه طالق
٣٩٤	حكم ما لو قال امرأتي طالق ان كنت لأملك ٤٢٨ حكم ما لو قال لزوجاته إحدا كن طالق ولم
٣٩٥	حكم ما لو قال لامرأته ياطاق إلى مائة ينو واحدة ٤٢٩ حكم ما لو قال لنسائه إحدا كن طالق غداً
٣٩٦	حكم ما لو قال أنت طالق اذا قدم فلان ٤٣٠ حكم ما لو قال امرأتي طالق وأمي حرة
٣٩٧	ان قدم مختاراً حنث الحالف ٤٣١ إذا طلق واحدة من نسائه وأنسيها أخرجت
٣٩٨	حكم ما لو قال ان تركت هذا الصبي يخرج بالفرقة ٤٣٢ حكم من حلف بالطلاق أن لا يأكل تمر
٣٩٩	حكم ما لو قال إن رأيت أباك فأنت طالق فوقع في تمر ٤٣٣ أحكام الفرقة بين الزوجات المشكوك في طلاقهن
٤٠٠	حكم ما لو قالت أنت طالق ثم مضى زمن ٤٣٦ إقراء ورثة الزوج بين نسائه المشكوك في طلاقهن
٤٠١	فروع في تكرار الطلاق المترتب في الوقوع ٤٣٧ فروع مختلفة في ميراث النساء المشكوك في طلاقهن
٤٠٤	تكرار الطلاق لغير المدخول بها ٤٣٨ طلاق واحدة من نسائه لا بعينها أو بعينها ونسيتها
٤٠٧	لزوم الطلاق الثلاث ثلاثاً ولو نوى واحدة

صفحة

صفحة

- ٤٣٩ ادعاء المرأة طلاق زوجها لها وانكاره ذلك ٤٧٥ فان تزوجها مملوك ووطئها أحلها
- ٤٤٠ تطليق الرجل امراته ثلاثاً ثم جحدته ٤٧٦ إذا طلق الحر زوجته أقل من ثلاث فله عليها
- ٤٤١ حكم ما لو طلقها ثلاثاً فشهد أربعة أنه وطئها الرجعة ٤٧٧ الرجعية زوجة ياحقها طلاقه وظهاره
- ٤٤٢ حكم ما لو طلق زوجته أقل من ثلاث فقضت العدة ٤٧٨ للعبد بعد الواحدة ما للحر قبل الثلاث
- ٤٤٣ حكم ما لو كان المطلق عبداً وكان طلاقه اثنتين ٤٧٩ حكم ما لو انقطع حيض المرأة في المرة انثالثه
- ٤٤٤ المكاتب عبد ما بقي عليه درهم ٤٨٠ حكم ما لو تزوجت الرجعية في عتقها
- ٤٤٥ حكم ما لو طلق العبد زوجته اثنتين ثم عتق ٤٨١ ما تحصل به الرجعة واشترط الاشهاد فيها
- ٤٤٦ حكم ما لو قال لزوجته أنت طالق ثلاثة ٤٨٢ كون الرجعة لا تحصل إلا بالقول والروايات
- أنصاف طلاقاً
- ٤٤٧ حكم ما لو قال أنت طالق لـ الدنيا فيه ٤٨٤ الالفاظ الصريحة في الرجعة وغير الصريحة فيها
- ٤٤٨ حكم ما لو قال أنت طالق أكثر الطلاق ٤٨٥ بطلان تعليق الرجعة على شرط
- ٤٤٩ قول الرجل أنت طالق من واحدة الى ثلاثة ٤٨٦ دعوى الرجل الرجعة ودعوى المرأة قضاء
- ٤٥٠ قول الرجل أنت طالق طلاقاً في اثنتين العدة
- ٤٥١ باب التأويل في الحلف ومعناه ٤٨٩ أقسام في ادعاء انقضاء العدة
- ٤٥٢ الاضراب ببل في الطلاق وأحكام التأويل ٤٩٠ حكم ما لو ادعى الزوج في عتقها أنه كان راجعاً
- في الحلف ٤٩٢ حكم ما لو اختلفا في الاصابة
- ٤٥٥ الاثبات والنفي في الطلاق ٤٩٣ الحلوة كالاصابة في اثبات الرجعة للزوج
- ٤٥٦ باب الشك في الطلاق ٤٩٤ اذا قامت انقضت عدتي ثم قالت ما انقضت بعد
- ٤٥٧ حكم ما لو قال أنت طالق بعد موتي فله رجعتها
- ٤٦١ فصل في مسائل تنبني على نية الحالف ٤٩٥ حكم ما لو طلقها ثم راجعها ثم طلقها قبل دخولها
- ٤٦٣ مسائل تنبني على نية الحالف ٤٩٦ حكم ما لو خالعه زوجته أو فسخ النكاح
- ٣٦٥ أحكام وطء المرأة بعد طلاقها ثلاثاً ٤٩٧ حكم الرجعية وما يترتب عليه
- ٤٦٦ الحلف على الجهول وما لا يمكن العلم به ٤٩٨ مراجعة الزوج امرأته الرجعية من غير علمها
- ٤٦٨ قول الرجل لامرأته وأجنبية إحداكم طالق ٥٠٠ أحكام المطلقة المبتوتة التي انقضت عدتها
- ٤٦٩ الحلف على اجنبية يظنها زوجته ٥٠١ ادعاء المرأة أن الزوج اثنان أصابها
- ٤٧٠ كتاب الرجعة وثبوتها بالكتاب والسنة ٥٠٢ كتاب الایلاء
- والاجماع ٥٠٣ الحلف بغير أسماء الله تعالى وصفاته على ترك
- ٤٧١ أحكام طلاق غير المدخول بها وأنه لا رجعة لها الوطء
- ٤٧٢ المطلقة ثلاثاً وشروط حلها للزوج الاول ٥٠٥ حكم ما لو حلف على ترك الوطء أكثر من
- ٤٧٣ لو حلف لا يتزوج فتزوج تزويحاً فاسداً لم يحنث أربعة أشهر
- ٤٧٤ يشترط أن يكون الوطء في التحليل حالاً

صفحة	صفحة
٥٠٦	المولي في قول ابن عباس من يحلف على ترك ٥٣٦ تعليق الظهار على الوطء
٥٠٧	الوطء أبداً ٥٣٧
٥٠٨	فصل في تعليق الايلاء على شرط مستحيل ٥٣٨
٥٠٩	فصل في تعليق الايلاء على غير مستحيل ٥٣٩
٥١٠	أضرب الايلاء المعاق ٥٤٠
٥١١	حكم ما لو قال والله لاوطئتك إلا برضاك ٥٤١
٥١٢	حكم ما لو حلف على ترك ولئها عاماً ثم كفر ٥٤٢
٥١٣	عن يمينه ٥٤٣
٥١٤	حكم ما لو قال والله لاوطئتك إن شاء فلان ٥٤٤
٥١٥	حصول الايلاء بكل قول يقتضي التأييد ٥٤٥
٥١٦	فروع فيما يحصل به الايلاء على التراخي ٥٤٦
٥١٧	حصول الايلاء الواحد بيمينين ٥٤٧
٥١٨	حكم الايلاء من نسائه الأربع ٥٤٨
٥١٩	الايلاء من واحدة من نسائه بيمينها ٥٤٩
٥٢٠	الحلف على ترك وطء كل واحدة من نسائه ٥٥٠
٥٢١	تعليق طلاق نسائه على وطء واحدة منهن ٥٥١
٥٢٢	بعض الشرط المعبرة في حلف الايلاء ٥٥٢
٥٢٣	إذا آلى من الرجعية صح إيلأؤه ٥٥٣
٥٢٤	يصح الايلاء من كل زوجة ٥٥٤
٥٢٥	يصح إيلأء الذمي ويلزمه ما يلزم المسلم ٥٥٥
٥٢٦	ألفاظ الايلاء ثلاثة أقسام ٥٥٦
٥٢٧	حكم ما لو قال لأحدى زوجتيه والله لاوطئتك ٥٥٧
٥٢٨	وأشرك الأخرى معها ٥٥٨
٥٢٩	يصح الايلاء بكل لغة ٥٥٩
٥٣٠	إذا مضى أربعة أشهر ورافعته أمر بالجماع ٥٦٠
٥٣١	بيان ابتداء المدة للمولي ٥٦١
٥٣٢	أحكام وطء المولي امرأته ٥٦٢
٥٣٣	عفو المرأة عن مطالبة المولي بالوطء ٥٦٣
٥٣٤	كون الصغيرة والمجنونة ليس لهما المطالبة بالوطء ٥٦٤
٥٣٥	بيان أن المراد من الفية هو الجماع ٥٦٥
	حكم الايلاء بتعليق العتق أو الطلاق ٥٦٦
	أعضائها

صفحة	صفحة
٥٩٤ وجوب التناح في الصيام عن كفارة الظهار	٥٦٥ الايتان بلفظ الظهار ونحوه من غير نية
٥٩٦ كون السفر المبيح لا يقطع التناح	٥٦٦ كراهة تسمية امرأته بمن تحرم عليه كأمه أو أخته
٥٩٧ لافطار في أثناء الشهرين لغير عذر	٥٦٧ بيان ما يحرم وما يباح من المرأة المظاهر
٥٩٨ إصابة الرجل امرأته في ليالي الصيام بفسد ما مضى	منها قبل التكفير
٥٩٩ انتقال المظاهر من الصيام إلى الاطعام	٥٦٨ امتناع الظهار من الامة وأم الولد
٦٠١ لكل مسكين مد من بر أو نصف صاع	٥٦٩ يصح الظهار مؤقتاً
من تمر أو شير	٥٧٠ لا يكون المظاهر عائداً إلا بالوطء في المدة
٦٠٢ تحديد ما يجزىء في الكفارة من الشعر والبر والتمر	٥٧٢ ان مات أو ماتت أو طلقها لم تلزمه الكفارة
٦٠٤ الكلام في الاطعام في أور ثلاث	٥٧٣ تجب الكفارة بالظهار والعود معها
٦٠٥ كيفية تقسيم الكفارة على المساكين	٥٧٤ اذا طاق من ظاهر منها ثم تزوجها لم يحل له ووطؤها
٦٠٧ ما يجزىء في الفطرة يجزىء في الاطعام	٥٧٦ تعريف العود في مذهب الشافعي وداود وغيرهم
٦٠٨ الافضل عند أبي عبد الله اخراج الحب	٥٧٧ صحة الظهار من الاجنبية
٦٠٩ حكم اخراج الخبز عن كفارة الظهار	٥٧٨ أحكام الظهار من الاجنبية
٦١٠ عدم اجزاء القيمة في الكفارة	٥٧٩ أحكام الظهار من كل امرأة يتزوجها
٦١١ بيان أن مستحق الكفارة هم المساكين	٥٨٠ المظاهرة من زوجته الامة
الذين يعطون من الزكاة	٥٨١ النظاهر من أربع نسوة بكلمة واحدة
٦١٢ حكم ما إذا تخلل صوم الظهار زمان لا يصح صومه	٥٨٢ النظاهر من أربع نسوة بأربع كلمات
٦١٣ جواز ابتداء الصيام في أول الشهر وفي أثنائه	٥٨٣ النظاهر من امرأة واشراك غيرها معها
٦١٥ كفارة انعبد عن ظهاره انما تكون بالصيام فقط	٥٨٤ بيان الكفارة الواجبة في الظهار وعفتها
٦١٦ جواز تكفير العبد عن ظهاره بالعقيق	٥٨٥ لا يجزئه في كفارة الظهار الارقية مؤمنه
٦١٧ الاعتبار في الكفارة بحالة الوجوب	٥٨٦ لا يجزئه الارقية سليمة من العيوب
٦٢٠ حكم من وطئ قبل أن يكفر	٥٩٠ وجوب الصيام على من لم يجد الرقية
٦٢١ قول المرأة لزوجها أنت علي كظهر أمي	٥٩١ الاجماع على أن من وجد رقية فاضلة فليس له
٦٢٢ حكم ما لو قلنا بوجوب الكفارة عليها	الاتقال إلى الصيام
٦٢٣ حكم ما لو ظاهر من زوجته مراراً	٥٩٢ حكم ما لو كان مسلماً حين وجوب الكفارة
٦٢٤ فروع في الكفارة وانفية	٥٩٣ انتقال المظاهر إلى الصيام في كفارته عند
٦٢٥ أحكام عتق عبيدين عن كفارتين	عدم الرقية
٦٢٧ امتناع تقديم كفارة الظهار قبله	

(ثم الفهرس ويليه الخطأ والصواب)

الخطأ والصواب الواقع في الجزء الثاني من كتابي المغني والشرح الكبير

صفحة	سطر	خطأ	صواب
٣	٢٠	مؤونة	مؤنة
٧	١٧	فكج	نكجها
٩	٢	أعطيتها	أعطيتها إياه
١٣	٢٥	مولياة	موليات
١٤	١٤	النفصل	التفصيل
١٨	١١	العوض	الغرض
٢١	٣	إلخافا	إلخافا
٢٢	١٧	ولان	ولا أن
٢٣	١٩	هبة لا	هبة جعلها جميعها للمرأة
٢٧	١١	أو عليها	عليه أو عليها
٢٧	١٩	فأنافته	فأنافته
٢٩	١٩	ولم يرجع إلى الاب	ولم يكن على الاب شيء
٢٩	٢٦	يعد	يعد
٣٦	٢٥	اليتيمي	اليتيمي
٤١	٢٥	من قبل	منه قبل
٤٤	١٧	لا تضمر	لا تضمر
٤٥	٢٣	أحذه	أحذه
٤٦	٨	شرطاه	شرطا
٤٩	١٣	المعارضة	المعاوضة
٥٠	٢٦	عقد به	عقدته
٥٤	٢٩	جدها	جدها
٥٥	١٦	ضروف	ظروف
٥٦	٢٠	أو غير	أو كان
٥٨	٩	لامر	لامر
٦١	١٨	لزوج	الزوج
٩١	٢٨	يضاف	يصادف نصف
١٠١	٩	فيتساوي	فيتساوي
١١٣	١١	رفقه	رفقة
١١٤	١٩	الذي	التي
١٢٩	١٦	بهذا الحديث	بهذا الحديث

ALAMULLOO
YTBADVIRU
YAA BALI

ل الخطأ والصواب الواقع في الجزء الثامن من كتابي المغني والشرح الكبير

صواب	خطأ	سطر	صفحة
فأجابها	فأجابها	١٩	٢٠٩
الزوج	الزج	٩	٢٢٢
لتفتدي	لتفتدي	١٥	٢٣٥
لأنهما	لأنه	٩	٢٩٢
تصرفها	تصرفهم	٨	٢٩٢
نهرت	أنهرت	٢٤	٣٢٣
وإذا	وإذا	١٤	٣٥٣
ولا تكتنوا	ولا تكتنوا	٥	٣٦١
لا يمكن	يمكن	١٧	٣٨٦
بناء على	على بناء	٨	٤١٤
حنث	أوحنث	٢٨	٤٣٦
الايلى	لاولى	١٥	٤٦٢
نكاحه ولم يحكم بوقوع الطلاق	نكاحه عن	٢٠	٤٦٦
عليه وفارق الحائث في إحدى			
امراتيه لانه معلوم زوال			
نكاحه عن			
ولانه	ولانها	٩	٤٨٠
الزوجات	لزوجات	١١	٤٨١
الاحلال	لااحلال	١٤	٤٨١



COLUMBIA
UNIVERSITY
LIBRARY

[illegible]

GL AUG 20 1987

COLUMBIA UNIVERSITY



0026815834

SEPT SEP 30 1985
COLUMBIA UNIVERSITY
LIBRARIES

Ø8560579

YOUR BOOK IS DUE:
OFFIC. APR 26 1987

893.799

Ib6
8

Ø8560579

MAR 3 1936

